

ODGOVORNOST DRUŠTVA MAJKE ZA OBVEZE DRUŠTVA KĆERI

Mihaela Braut Filipović, dipl. iur., asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.725
Ur.: 8. lipnja 2011.
Pr.: 20. listopada 2011.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

U ovome je radu obrađeno pitanje proboja pravne osobnosti, točnije odgovornosti društva majke za obveze društva kćeri prema pravu SAD-a, u sudskoj praksi Europskog suda, te u hrvatskom pravu. Pitanje proboja pravne osobnosti posebice se pojavljuje u grupama društava, gdje u pravilu društvo majka ima kontrolu nad društvom kćeri. Posebno pitanje koje se obrađuje u radu je standard za proboj pravne osobnosti, gdje se ispituje traže li u odabranim komparativnim sustavima sudovi kao temelj proboja pravne osobnosti da društvo majka zloupotrebljava činjenicu da kao član društva kćeri ne odgovara za obveze društva kćeri ili je sama činjenica da društvo majka ostvaruje kontrolu nad društvom kćeri dostatna. Pitanje proboja pravne osobnosti posebno je važno jer se putem proboja dolazi do odgovornosti društva majke za obveze društva kćeri prema trećima, što je vjerovnicima ključno imajući na umu da društva majke u pravilu imaju veću platežnu moć.

Ključne riječi: *proboj pravne osobnosti, odgovornost društva majke za izvanugovorne obveze društva kćeri prema trećima, odgovornost društva majke za ugovorne obveze društva kćeri prema trećima, podizanje korporativnog vela, zloporaba utjecaja kao uvjet za proboj pravne osobnosti.*

1. UVOD

Temeljno je pravilo društava kapitala, tj. dioničkog društva i društva s ograničenom odgovornošću da njihovi članovi ne odgovaraju za obveze društva. Međutim, to pravilo poznaje i svoje iznimke. Naime, član društva će odgovarati ako zloupotrebljava činjenicu da kao član društva ne odgovara za obveze društva. To je pitanje posebno zanimljivo kada se radi o povezanim društvima, točnije o društvu majci i društvu kćeri. Društvo majka je društvo koje osniva društvo kćer, te u većini slučajeva, postaje njen jedini ili većinski dioničar/imatelj udjela s prevladavajućim

utjecajem na vođenje poslova društva kćeri. S obzirom na stupanj kontrole koji društvo majka može ostvarivati u tom odnosu, pitanje proboja pravne osobnosti postaje još važnije. U komparativnim rješenjima, proboj pravne osobnosti u odnosu između društva majke i društva kćeri sve je više prisutan. U radu će se analizirati kakva su stajališta i praksa američkog zakonodavstva, zakonodavstva Europske unije kroz praksu Europskog suda, te hrvatska zakonodavna rješenja. Poseban je naglasak stavljen na pitanje traže li sudovi da vladajuće društvo, tj. društvo majka zloupotrebljava činjenicu da kao član društva kćeri ne odgovara za obveze društva kćeri, ili je činjenica da su društva u odnosu ovisnosti, posebice kada se društvo majka pojavljuje kao jedini dioničar/imatelj udjela društva kćeri dostatna da sudovi ustanove proboj pravne osobnosti. Posljedica proboja pravne osobnosti jest da vjerovnici društva kćeri mogu ostvarivati svoja potraživanja i izravno prema društvu majci.

2. PROBOJ PRAVNE OSOBNOSTI U SAD-u

Common law zemlje priznaju, kao i zemlje europskoga kontinentalnog pravnog kruga, odvojenost društva kao pravne osobe od njegovih članova. Primarna posljedica takve odvojenosti, posebice u slučaju društva kapitala, jest da član društva ne odgovara za obveze društva. U anglosaksonskom pravu, kao ishodište takvih shvaćanja navode se poznati slučajevi *A. Salomon v. Salomon & Co*¹ u Velikoj Britaniji i *Berkey v. Third Avenue Railway*² u SAD-u. U slučaju *Salomon*, sud je ustvrdio da dioničar ne odgovara za obveze društva čak niti u slučaju prijevare koju je počinio koristeći se činjenicom da kao član društva kapitala ne odgovara za obveze društva. Međutim, takvo se stajalište sudova značajno izmijenilo. Danas i britanski i američki sudovi poznaju institut proboja pravne osobnosti, kojim se može ustanoviti odgovornost dioničara za obveze društva pod određenim uvjetima.

Pored odnosa odgovornosti između pojedinog dioničara i društva, u suvremenoj se trgovini pojavljuju i specifični odnosi između pojedinih društava. Naime, u širenju svojih poslovnih carstava, društvima je bilo potrebno osnivanje podružnica u raznim dijelovima svoje zemlje ili u drugim zemljama radi učinkovitijeg obavljanja djelatnosti. Međutim, negativna strana osnivanja i podružnica i poslovnica je u tomu što društvo osnivač ostaje u potpunosti odgovorno za njihove radnje. Spojeno s potrebom da se pojedine djelatnosti, tj. dijelovi poduzeća razdvoje, te prebace na određene lokacije, društva su počela osnivati, tzv. društva kćeri, koja su u pravilu, u potpunosti u „vlasništvu“ svojih društava majki. Najveća prednost osnivanja društava kćeri jest u tome što su ona formalno samostalna društva, odvojena od društava majki. Društva majke se u njima pojavljuju kao apsolutni ili većinski imatelji dionica/udjela društava kćeri. S obzirom na to da imaju položaj dioničara, društva majke su zaštićene od odgovornosti za obveze društava kćeri, slijedeći gore spomenuto pravilo o odvojenosti pravne osobe društva od njegovih članova.

1 A. C. 22 (H.L.) (1897).

2 244 N. Y. 602, 155 N. E. 914 (1927).

Međutim, već su krajem 19. stoljeća zapažene razne zloporabe društava majki koje su iskorištavale svoj položaj dioničara u društvima kćeri na način da su iscrpljivale imovinu društava kćeri u svoju korist, te tako onemogućavale vjerovnicima društava kćeri da namire svoje tražbine. Također, odgovornost za proizvodnju proizvoda prebacivale su na društva kćeri, dok su korist od takve proizvodnje zadržavali za sebe. Zbog takvih i mnogih drugih razloga, pred američkim sudovima se pojavljivalo sve više slučajeva u kojima su se oštećene strane pozivale na načela pravednosti, tražeći da se zanemari formalnopravna odvojenost društava kćeri od društava majki, te da se zbog tako visokog stupnja povezanosti kada društvo majka zapravo donosi sve odluke, ustanovi odgovornost društva majke za obveze društva kćeri. Drugim riječima, tražilo se da se prava i obveze društva kćeri izjednače s pravima i obvezama društva majke.³

Američki sudovi počeli su tako prihvaćati ideju da se pod određenim uvjetima, može ustanoviti odgovornost društva majke za obveze društva kćeri. Kao jedan od najranijih sudskih slučajeva, navodi se *Both v. Bunce*⁴ iz 1865. u kojemu je sud ustanovio odgovornost društva majke, temeljeći svoju presudu na načelima pravde i prijevartnom ponašanju (*fraud*) društva majke koja je u dotičnom slučaju zlorabila svoj položaj u društvu kćeri.

Tako se počela razvijati najdublje uvriježena doktrina proboja pravne osobnosti u SAD-u - teorija podizanja korporativnog vela (*doctrine of piercing the corporate veil*). Prvi slučaj u kojem je korišten izraz veo, tj. *veil*, bio je *Fairfield County Turnpike co. V. Thorp* iz 1839.⁵ a izraz proboja, tj. *piercing the veil* prvi put je zabilježen u pravnoj doktrini u članku iz 1912.⁶ Od tada je zabilježeno mnogo slučajeva⁷, u kojima su američki sudovi, pozivajući se na različite razloge, uspostavljali proboj pravne osobnosti. Iako u ovome radu neće biti obrađene, američko pravo poznaje i druge teorije kojima se uspostavlja odgovornost dioničara i drugih osoba za obveze društva. Te su druge teorije: *agency*, *civil conspiracy*, *estoppel*, *fraud*, *fraudulent transfer*, *statutes*, *trust fund doctrine*, *unjust enrichment*, *breach of fiduciary duty*, *defective incorporation*, *misrepresentation by corporate official*, *personal guaranty*, *no notice of separate entity* i drugo.⁸

Jedno je od zanimljivih pitanja i prema kome se proboj pravne osobnosti može uspostaviti. Naime, nije upitno da se proboj pravne osobnosti prvenstveno odnosi na

3 Više o tome u Blumber, P. I.: *The transformation of modern corporation law: the law of corporate groups*, Connecticut Law Review Spring, 2005., str. 605-615.

4 33 N. Y. 139 (1865).

5 13 Conn. 173, 179 (1839).

6 Wormser, I. M.: *Piercing the Veil of Corporate Entity*, 12 Colum. L. Rev. 496 (1912).

7 *Simmons Creek coal Co. V. Doran*, 142 U.S. 417 (1892); *J.J. McCaskill Co. V. U.S.*, 216 U.S. 504 (1910) gdje je znanje direktora društva izjednačeno sa znanjem društva o određenoj činjenici, zbog čega se društvo nije više moglo pozivati na neznanje kao osnovu za oslobođenje od odgovornosti; *U.S. v. Reading Co.*, 253 U.S. 26 (1920); *U.S. v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, 142 F. 247 (C.C.E.D. Wisc. 1905) i dr.

8 Vidi više u Oh, B. Peter: *Veil – Piercing*, 89 Tex. L. Rev. 81. i u Strasser, A. Kurt: *Piercing the veil in corporate groups*, 37 Conn. L. Rev., 2005, str. 637 – 675.

uspostavljanje odgovornosti osobe, fizičke ili pravne, koja je *dioničar* u društvu čiju se pravnu osobnost želi probiti. U najvećem broju slučajeva radi se o dioničaru koji drži kontrolni paket dionica. Međutim, postavlja se pitanje može li se tražiti proboj pravne osobnosti i prema osobama koje nisu dioničari u tom društvu, već koje su povezane s društvom na drugi način. Američki sudovi su odgovorili pozitivno. Kada je bilo osnove za to, uspostavljali su odgovornost vjerovnika društva, direktora koji nije ujedno bio i član društva, bračnih drugova dioničara i drugih.⁹ Dakle, proboj pravne osobnosti proteže se i na osobe koje nisu dioničari društva protiv kojega se traži proboj.

Što se tiče osnove za uspostavljanje proboja pravne osobnosti društava kćeri, razvile su se dvije glavne skupine. U prvoj skupini, proboj pravne osobnosti temelji se na odgovornosti društva majke za izvanugovorne povrede (deliktna odgovornost) društva kćeri prema trećima. Druga se skupina temelji na odgovornosti društva majke za ugovorne povrede društva kćeri prema trećima. Američki sudovi traže ispunjenje različitih uvjeta ovisno o tome temelji li tužitelj svoj zahtjev za probojem pravne osobnosti na temelju ugovorne ili deliktne odgovornosti. Ta se razlika često objašnjava kao razlika između dobrovoljnih vjerovnika društva kćeri i vjerovnika društva kćeri koji su to postali protiv svoje volje (*voluntary and involuntary creditors*).¹⁰ Naime, vjerovnici protiv svoje volje ulaze u odnos s društvom kćeri kada im društvo kćer prouzroči štetu temeljem izvanugovorne odgovornosti. Primjerice u slučaju kada neispravan proizvod određenog proizvođača prouzroči trećima štetu. U tom slučaju, na temelju izvanugovorne odgovornosti društva kćeri, probojem pravne osobnosti, želi se uspostaviti i odgovornost društva majke. Navodi se da u tom slučaju vjerovnici nisu imali prilike pregovarati niti s društvom kćeri niti s društvom majkom, te nisu mogli ugovoriti neko od sredstava osiguranja za slučaj da društvo kćer ne ispuni svoju obvezu¹¹. Zbog tako podređenog položaja onih vjerovnika društava kćeri i društava majki koji su to postali protiv svoje volje, moglo bi se zaključiti da bi sudovi u slučaju deliktne odgovornosti društva majke češće trebali dopuštati proboj pravne osobnosti. U tom će smislu biti iznimno zanimljivo analizirati empirijske podatke i zaključke američkih autora koji su usporedili broj proboja pravnih osobnosti na temelju deliktne i ugovorne odgovornosti. U radu će se analizirati svaka skupina.

a) Odgovornost društva majke za izvanugovorne povrede društva kćeri prema trećima

Gotovo se svi slučajevi u američkoj praksi, kada do proboja pravne osobnosti dolazi na temelju deliktne odgovornosti, ostvaruju unutar povezanih društava, i to u

9 *McCallum Family L.L.C. v. Winger*, 221 P.3d 69 (Colo. App. 2009); *LaFond v. Basham*, 683 P.2d 367 (Colo. App. 1984) gdje je tuženik bio direktor koji nije ujedno bio i dioničar, tj. član društva; *Rosebud Corp. v. Boggio*, 561 P.2d 367 (Colo. App. 1977); *Sheffield Services Co. V. Trowbridge*, 211 P.3d 714 (Colo. App. 2009).

10 Oh, B. Peter: *Viel – Piercing*, 89 Tex. L. Rev. 81., str. 87.

11 Loc. cit.

onima u kojima je vladajuće društvo majka, a ovisna su njena društva kćeri koje je ona i osnovala.¹² Mnogi autori se zalažu da bi sudovi u tim slučajevima trebali mnogo lakše ustanoviti proboj pravne osobnosti.¹³ Svoj stav temelje na nedopustivosti da se tolerira ponašanje koje protivno dobroj poslovnoj praksi i moralu društva prebacuje rizik poslovanja s društava kapitala na treće osobe, izbjegavajući odgovornost dioničara zbog čijih je postupaka upravo i došlo do spornih slučajeva i nastanka štete.

Međutim, je li to i doista tako u američkoj sudskoj praksi, jedno je od spornijih pitanja, i objekt akademskih razilaženja. Naime, dvije su najznačajnije empirijske studije kojima se pokušalo ustanoviti točan broj slučajeva proboja pravne osobnosti te razloga zašto sudovi jesu ili nisu donosili takve odluke. Prvu je studiju proveo Thompson, i to na temelju slučajeva prijavljenih na portalu *Westlaw* zaključno do 1991. Thompson je u svojoj studiji ustanovio da je zabilježen manji broj slučajeva proboja pravne osobnosti na temelju deliktne odgovornosti od broja slučajeva koji su se temeljili na ugovornoj odgovornosti društva kćeri¹⁴. Ni sam Thompson nije znao objasniti dobivene rezultate, već je samo komentirao da takvi rezultati idu protiv dotadašnjih očekivanja i teorije i prakse.¹⁵ Bez obzira na izostanak objašnjenja, Thompsonova studija je postala temelj za tumačenje proboja pravne osobnosti, na koju su se jednako pozivali sudovi, odvjetnici i teoretičari za daljnje razvijanje teza.¹⁶

Drugu studiju je dvadesetak godina kasnije proveo Oh, također na temelju slučajeva prijavljenih na portalu *Westlaw*, no u znatno dužem vremenskom razdoblju i to od 1658. do 2006. godine. Oh navodi da je istraživanje provedeno ne samo u dužem vremenskom razdoblju, već i da su korišteni širi pojmovi.¹⁷ Upravo zbog različitog i opsežnijeg uzorka, rezultat ovog istraživanja suprotan je Thompsonovu zaključku, te predstavlja prekretnicu u percepciji američke sudske prakse u podizanju korporativnog vela. Dakle, Oh je dokazao da su sudovi, iako u manjoj mjeri od očekivane, ipak više podizali korporativni veo u slučaju deliktne odgovornosti društva kćeri nego u slučaju ugovorne odgovornosti, što je u skladu s dotadašnjim predviđanjima teorije.¹⁸

12 Thompson, B. Robert: *Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors*, 13 Conn. J. Int'l L. 379 (1999).

13 Krendl, S. Cathy, Krendl, R. James: *Focusing the Inquiry*, 55 DEN. L. J. 1, 52-55 (1978); Landers, M. Jonathan: *A unified approach to parent, subsidiary & affiliate questions in bankruptcy*, 42 U. CHI. L. REV. 620 (1975); Douglas, O. William, Shanks, M. Carol: *Insulation from Liability Through Subsidiary Corporations*, 39 YALE L.J. 193, 210-11 (1929) u Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study*, Cornell Law review, (1991), str. 1036.

14 Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study...*, op. cit., str. 1068.

15 Ibid., str. 1058.

16 *Coltec Indus., Inc. v. United States*, 62 Fed. Cl. 716, 724 (2004); *Theberge v. Darbro, Inc.*, 684 A.2d 1298, 1303 (Me. 1996); *Garcia v. Coffman*, 946 P.2d 216, 227 (N.M. Ct. App. 1997); Wootton, John: *Corporation Owner's Survival Guide*, EmpoweredWealth.Com 1, http://www.empoweredwealth.com/documents/WoottonSurvivalGuideReport_000.pdf u Oh, B. Peter, Viel – *Piercing*, op. cit., str. 88.

17 Oh, B. Peter: *Viel – Piercing*, 89 Tex. L. Rev. 81., str. 88.

18 Ibid., str. 90.

Koje kriterije će američki sudovi primjenjivati u testiranju je li došlo do odgovornosti društva majke na temelju deliktne odgovornosti društva kćeri nije jasno. Međutim, sud je u jednom od novijih slučajeva, *In re Phillips* iz 2006.¹⁹, ustanovio da bi trebalo primjenjivati test koji se sastoji od tri koraka. Prvi korak jest da se ispita postoji li između dioničara i društva, tzv. „*alter ego*“ odnos, tj. je li utjecaj dioničara / društva majke takav da kontrolira društvo u mjeri da se identitet društva izjednačuje s identitetom tog dioničara. Drugi korak je ispitati je li dioničar koristio društvo s namjerom da počini prijevaru ili da izbjegne ispunjenje tražbina vjerovnika. Treći korak je zapravo ocjena suda bi li se probijem pravne osobnosti ostvarilo načelo pravde, tj. pravedan rezultat. Ovaj posljednji kriterij ujedno je i najzanimljiviji. Naime, sud je jasno postavio kriterij korisnosti, prema kojemu nema smisla probijati pravnu osobnost, iako su svi drugi kriteriji zadovoljeni, ako se time ne može postići svrha takvog postupka, a to je da se vjerovnici namire i nadoknadi šteta oštećenim strankama.

Tipičan primjer kada sudovi dopuštaju probij pravne osobnosti na temelju deliktne odgovornosti društva kćeri su kada društvo majka osnuje više društava kćeri među kojima podijeli rizik na način da jedno društvo proizvodi određeni proizvod, ali da dobit od prodaje pripadne njoj ili drugome društvu kćeri. Time se postiže da društvo proizvođač snosi odgovornost koja eventualno proizlazi zbog neispravnosti proizvoda, a da je društvo (u pravilu društvo majka) koje ubire dobit od toga izuzeto. Naravno, društvo proizvođač/ovisno društvo pri tomu ima manje sredstava za namirenje vjerovnika.

U slučajevima proboja pravne osobnosti na temelju deliktne odgovornosti društva kćeri, sudovi kao najvažnije pitanje postavljaju je li raspodjela rizika između društava rezultat zdravog ekonomskog prosuđivanja ili ima za cilj izbjegavanje odgovornosti te stavljanje vjerovnika u lošiji položaj.²⁰ Također, sudovi analiziraju i stupanj povezanosti društva, gdje bi testovi koje primjenjuju trebali slijediti već razvijene testove za povezanost društava, kao i kada se tužbeni zahtjev za probijem pravne osobnosti temelji na ugovornoj odgovornosti društva kćeri.²¹

Probij pravne osobnosti na temelju deliktne odgovornosti razvio se u više grana prava, a najprisutniji je u zaštiti radnika, potrošača te u zaštiti okoliša. Odgovornost društava majki za deliktnu odgovornost društava kćeri američki su sudovi uspostavljali zbog neadekvatno provedenog nadzora nad vođenjem poduzeća društva kćeri, zbog propusta da se društvo kćer upozori na određeni rizik koji je bio poznat društvu majci, zbog poduzimanja vrlo štetnih aktivnosti društva kćeri koja se nalazila u zavisnom položaju prema društvu majci te zbog proizvodnje neispravnih proizvoda usred kojeg se odgovornost nastoji prebaciti na jedno od društava kćeri.²²

19 139 P.3d 639 (Colo. 2006).

20 Thompson, B. Robert: *Piercing the Corporate Veil: Is the Common Law the Problem?*, 37 Conn. L. Rev. 619, 622 (2005), str. 633.

21 Ibid., str. 633-634.

22 Sahni, Binda: *The interpretation of the corporate personality of transnational corporations*, Widener Law Journal (2005), str. 3.; U.N. Ctr. on Transnational Corps., Transnational Corporations in World Development Third Survey at 230, U.N. Doc. ST/CTC/46, U.N. Sales

Pri tome je bitno razlikovati radi li se o izravnoj ili neizravnoj odgovornosti društva majke. Za uspostavljanje izravne odgovornosti društva majke traži se njeno vidljivo i jasno sudjelovanje u počinjenju delikta zajedno s društvom kćeri.²³ Kod neizravne odgovornosti, odgovornost društva majke ne proizlazi iz njenog jasno vidljivog sudjelovanja, već iz činjenice da je društvo kćer ovisno društvo koje prima obvezujuće upute od društva majke koje mora poštivati u vođenju svojih poslova.²⁴

Jedan od značajnijih slučajeva u kojemu je američki sud ustanovio da je društvo majka odgovorno na temelju deliktne odgovornosti društva kćeri je slučaj poznatog onečišćenja mora naftom – *Amoco Cadiz* slučaj.²⁵ U tom je slučaju američki sud ustanovio da je društvo majka izravno odgovorno za nepažnju svojih dviju društava kćeri koja su uzrokovala onečišćenje u francuskim vodama. Naime, društvo majka bilo je *Standard Oil Company* (dalje u tekstu: Standard) sa sjedištem u SAD-u, jedno društvo kćer bilo je *Amoco Transport Company* (dalje u tekstu: Transport) sa sjedištem u Liberiji, a drugo *Amoco International Oil Company* (dalje u tekstu: Amoco) sa sjedištem u SAD-u. Amoco je odobrio dizajn i konstrukciju broda Amoco Cadiz, a samu izgradnju provodilo je španjolsko društvo koje bilo u 100% vlasništvu Transporta. Transport je bio obvezan obrazovati posadu te osigurati da u vrijeme početka plovidbe brod bude spreman za plovidbu i propisno opremljen. Bitno je napomenuti da je do štete onečišćenja mora došlo zbog kvara kormila, zbog čega se tanker nasukao što je oštetilo dno broda i dovelo do izlivanja nafte. Pored Amoca, sud je ustanovio deliktnu odgovornost Transporta jer nije primijenio dužnu pažnju pri odobrenju konstrukcije broda, zbog toga što nije zahtijevao ugradnju zamjenskog mehanizma koji bi se koristio ako bi glavno kormilo otkazalo, što je već tada bio standard u izgradnji brodova. Do odgovornosti Standarda kao društva majke, sud je došao tumačeći da je Standard putem svojih društava kćeri koje je u potpunosti kontrolirao, zapravo obavljao sve svoje aktivnosti. Iz navedenog je izveo zaključak da je Standard osnovao ta društva upravo zato da bi se oslobodio svake odgovornosti za štetu koju bi ta društva eventualno mogla počinuti. Slijedom toga, ustanovljena je odgovornost Standarda kao društva majke za obveze društava kćeri.

b) Odgovornost društva majke za ugovorne povrede društva kćeri prema trećima

Kao što je već rečeno, američka doktrina slučajeve podizanja korporativnog vela dijeli na slučajeve odgovornosti društva majke za deliktne i za ugovorne povrede društva kćeri. Iako u ovome radu naglasak nije stavljen na bitnu razliku između deliktne i ugovorne odgovornosti kao takve, nužno je spomenuti da nije uvijek jednostavno odrediti o kojoj se odgovornosti radi. Naime, upitni su slučajevi

No. E.83.II.A.14 (1983).

23 Muchlinski, Peter: *Multinational Enterprises and The Law* 133-34 (1995) u Sahni, Binda: *The interpretation of the corporate personality*, str. 4.

24 Loc. cit.

25 MDL Docket No. 376, 1984 U.S. Dist LEXIS 17480 (N.D. 111 Apr.18, 1984). Slučaj je opisan i preuzet od Sahni, Binda: *The interpretation of the corporate personality*, str. 14 – 17.

kada se deliktna i ugovorna odgovornost isprepliću. Primjerice kod pitanja može li se u slučajevima kada stranke imaju ugovor, povrijeđena strana pod određenim okolnostima, ipak pozivati i na deliktnu, tj. izvanugovornu odgovornost. Isto tako, u američkoj teoriji ima dosta rasprava oko toga kamo primjerice spada pitanje prijevare (*fraud*), koje ovisno o okolnostima slučaja, može spadati i pod ugovornu i pod deliktnu odgovornost društva kćeri.

Ta je razlika bitna zbog toga što kada se u tužbi povredu kvalificira kao ugovornu ili izvanugovornu, sudovi će primijeniti drugačije standarde pri ocjeni osnovanosti tužbe. Galligan navodi da postoji barem šest bitnih učinaka takve pravne kvalifikacije.²⁶ Prvi je standard odgovornosti, prema kojemu se za ugovornu odgovornost traži dokaz povrede bilo koje obveze na koju su se stranke obvezale ugovorom, dok sudovi kod deliktne odgovornosti traže dokaz subjektivne odgovornosti, tj. krivnje tuženika ili objektivne odgovornosti (primjerice, kod odgovornosti za neispravan proizvod).²⁷ Kao drugo, rokovi za podizanje tužbe različiti su ovisno o tomu poziva li se na ugovornu ili izvanugovornu odgovornost, što ima važne procesne posljedice. U američkom pravu, rokovi za pozivanje na deliktnu odgovornost znatno su kraći.²⁸ Kao treće, pojavljuje se i pitanje jurisdikcije, tj. mjesne nadležnosti sudova. Naime, prema američkom pravu, u slučaju ugovorne odgovornosti, nadležan je sud prema tuženikovom prebivalištu ili sjedištu. S druge strane, u slučaju deliktne odgovornosti, nadležan je sud ili prema mjestu počinjenja deliktne čina ili prema mjestu gdje je tužitelj pretrpio štetu, što će u većini slučajeva biti upravo mjesto prebivališta ili sjedišta tužitelja. Takav će ishod zasigurno olakšati tužitelju podnošenje tužbe u smislu troškova i organizacije.²⁹ Kao četvrto, zahtjevi i standardi suda za naknadu štete razlikuju se ovisno o kakvoj odgovornosti se radi. Primjerice, američki sudovi će kod deliktne odgovornosti ustanoviti odgovornost tuženika i ako je došlo do štete koju se nije moglo predvidjeti, dok se kod ugovorne traži da je tuženiku šteta bila predvidiva.³⁰ Kao peto pojavljuje se i pitanje argumenata kojima se tužitelj brani ovisno o vrsti odgovornosti za koju ga se tuži. Pa se tako navodi da će u slučajevima ugovorne odgovornosti, tuženik u pravilu isticati prigovore pristanka i pretpostavljenog rizika koji je morao postojati na strani tužitelja. U slučaju deliktne odgovornosti, u pravilu će se pozivati na nepažnju (*negligence*) tužitelja zbog čega je i došlo do štetnog događaja.³¹ Kao šestu glavnu razliku, Galligan navodi slobodu stranačke volje koja je u najvećoj dopuštenoj mjeri prisutna u ugovornim odnosima, ali u potpunosti izostaje kod deliktne čina kod kojih nema pristanka stranaka.³²

26 Galligan Jr., Thomas C.: *Contortions Along the Boundary Between Contracts and Torts*, 69 Tul. L. Rev. 457, 462-63 (1994).

27 Ibid., str. 463.

28 Ibid., str. 464.

29 Ibid., str. 465.

30 Ibid., str. 469.

31 Ibid., str. 473.

32 Ibid., str. 474.

Dakle, pitanje treba li povredu društva kćeri kvalificirati kao ugovornu ili izvanugovornu ima dalekosežne posljedice. Koje bi rješenje bilo najbolje, stvar je taktike i procjene konkretnih okolnosti. U radu će se nadalje analizirati teorije koje se vezuju uz odgovornost društva majke za ugovorne obveze društva kćeri.

ba) Tradicionalna teorija podizanja korporativnog vela

Tradicionalna teorija podizanja korporativnog vela najviše se razrađuje u teoriji te ju američki sudovi najviše i koriste. Tijekom prakse, razvila su se tri glavna kriterija koje sudovi ispituju i primjenjuju kako bi ustanovili jesu li ispunjeni uvjeti za odgovornost društva majke.

Prvi je kriterij, je li društvo kćer ovisno, bilo formalnopravno ili faktički, ili pak samostalno upravlja svojim poduzećem.³³ Pri tomu sudovi ispituju ima li društvo majka kontrolu nad svakodnevnim poslovanjem i donošenjem odluka društva kćeri. Na taj način proboj pravne osobnosti mogao bi se gledati i kao jedan vid kazne jer društvo kćer nema one pravne i faktične značajke koje bi trebalo imati, pri čemu se kažnjava društvo majku koja kao osnivač društva, nije ispunila svoju zadaću osnivanja pravno i faktično samostalnog društva.³⁴

Još je 1931. godine, Powell ustvrdio postojanje jedanaest kriterija koji služe utvrđivanju stupnja ovisnosti i kontrole društva majke nad društvima kćeri prema kojima bi sudovi trebali ustanoviti proboj pravne osobnosti.³⁵ Tužitelj koji zahtijeva da sud ustanovi proboj pravne osobnosti obavezan je dokazati kumulativno postojanje više navedenih kriterija, pri čemu se traži postojanje većine, ali ne i svih navedenih kriterija. Ti su kriteriji da društvo majka drži sve ili većinu dionica/udjela u društvu kćeri, da društvo majka i društvo kćer imaju zajedničke direktore, da društvo majka financira društvo kćer, da društvo kćer nema dovoljno kapitala za podmirenje svojih obveza, da društvo majka podmiruje troškove plaća zaposlenika i gubitka u poslovanju društva kćeri, da društvo kćer ne obavlja druge poslove osim onih koji su u sklopu koncerna, tj. ne obavlja poslove osim onih koje joj društvo majka povjeri, ako društvo majka u svojim postupcima i izjavama označava društvo kćer kao svoju podružnicu ili kao odjel za određeno poslovanje čime ostavlja dojam da financijsku odgovornost zadržava društvo majka, ako društvo majka koristi vlasništvo, tj. imovinu društva kćeri kao svoje, ako direktori društva kćeri ne vode poslove društva samostalno u korist društva kćeri, već su obvezni slijediti upute od društva majke koje mogu biti i štetne za društvo kćer te ako nisu niti ispunjeni formalni pravni zahtjevi društva kćeri.³⁶

33 Strasser, A. Kurt: *Piercing the veil in corporate groups*, 37 Conn. L. Rev., 2005, str. 637. – 675., str. 640.

34 Thompson, B. Robert: *Piercing the Corporate Veil...*, str. 630.

35 Powell, J. Frederick: *Parent And Subsidiary Corporations* 9 (1931) u Bakst, S. David: *Piercing the corporate veil for environmental torts in the united states and the European Union: the case for the proposed civil liability directive*, 19 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 323.

36 Loc. cit.

Američki sudovi u tolikoj mjeri rabe ove kriterije, da se više ni ne navodi Powell kao njihov autor, već se tretiraju kao općeprihvaćeni kriteriji za ocjenu ovisnosti među društvima.³⁷

Drugi kriterij jest da se traži da društvo majka svojim postupcima zloupotrebljava (*wrongful conduct*) svoj položaj, tj. da se služi prijevarami (*fraud*) i nepravednim postupcima unutar grupe društva, čime su oštećene treće osobe – vjerovnici.³⁸ Međutim, ovaj je kriterij gotovo napušten te se više za uspostavljanje proboja pravne osobnosti u pravilu ne traži prijevarno ponašanje društva majke.³⁹

Treći kriterij zahtijeva da su postupci društva kćeri uzrokovali štetu tužitelju.⁴⁰

Iznimno su zanimljivi podatci empirijskih studija u kojima se vidi postotak slučajeva te najčešći razlozi zbog kojih su sudovi ustanovili proboj pravne osobnosti. Tako je Thompson⁴¹ u svojoj empirijskoj studiji ustanovio da su sudovi dopuštali proboj pravne osobnosti u 40% slučajeva. Presude navode najčešće, tzv. „instrumentality“, „alter ego“, „sham“, „alias“, „denuding“ i „dummy company“ kao razloge za proboj pravne osobnosti, pod čime američki sudovi smatraju da je položaj zavisnog društva takav da postoji samo za obavljanje poslova društva majke, koja ga u potpunosti kontrolira, a pritom se koristi činjenicom da kao dioničar društva ne odgovara za njegove obveze.⁴² Sljedeći razlozi koji se najčešće spominju tiču se tzv. potkapitalizacije društva (*undercapitalization*).⁴³ Preneseno na hrvatsko pravo, to bi mogao biti slučaj kada se u društvo kao ulog unesu stvari i prava, pri čemu se javlja pitanje utvrđivanja njihove stvarne vrijednosti te davanja primjerenog udjela u društvu na temelju takvog uloga.⁴⁴ Posljedica potkapitalizacije je da društvo

37 Presser, B. Stephen: *Piercing The Corporate Veil* § 1.03[4] (1993) u Bakst, S. David: *Piercing the corporate veil for environmental torts...*, op. cit., str. 334.

38 Loc. cit.

39 Ipak, u nekim sudskim odlukama upravo je izostanak prijevarnog ponašanja društva majke bio ključan da bi sud ustvrdio da neće dopustiti proboj pravne osobnosti. Primjerice, to je slučaj *Consumer's Co-op v. Olsen*, 419 N.W.2d 211, 212 (Wis. 1988). U tom slučaju društvo kćer nije moglo vraćati kredit koje je dobilo. Usprkos tome, vjerovnik mu je odobrio novi, dodatni kredit, iako društvo i dalje nije vraćalo prvotni kredit. Zapravo, umjesto vraćanja kredita, kako se njegovo financijsko stanje pogoršavalo, društvo kćer je sve više financijskih sredstava ulagalo u društvo majku. Međutim, američki sud u tom slučaju nije pronašao da je društvo majka prijevarno postupala, već da je vjerovnik imao na raspolaganju sve informacije kada je donio odluku i o prvom i o naknadno, novom odobrenom kreditu.

40 Ibid., str. 641.

41 Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study...*, op. cit., str. 1036.

42 Ibid., str. 1064.

43 Ibid., str. 1066.

44 Hrvatski Zakon o trgovačkim društvima (NN 111/93., 34/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08. i 137/09.) usvojio je čitav set zaštitnih pravila koja su uspostavljena da bi se osiguralo da vrijednost stvari i prava uloženi u društvo zaista i odgovara navedenoj vrijednosti. Bez ulaganja u sve zaštitne mehanizme, ipak valja istaknuti solidarnu odgovornost osnivača i članovima društva i vjerovnicima za počinjenu štetu ako s nakanom ili s grubom nepažnjom oštete društvo ulogom u stvarima i pravima (čl. 191. ZTD-a). Također, iznimno je bitna i revizija osnivanja ako se prilikom osnivanja u društvo kao ulog ulažu stvari i prava (čl. 182. ZTD-a). Također, to obuhvaća i slučajeve u kojima se izvlače sredstva iz društva, nakon što je društvo već osnovano, što ima za posljedicu da društvo više nema sredstava za

nema dostatno imovine i sredstava da podmiri svoje obveze prema vjerovnicima. Ovaj se razlog često spominje u američkoj pravnoj znanosti, gdje neki autori čak idu tako daleko da zastupaju stajalište da bi sudovi, u svim slučajevima u kojima dođe do potkapitalizacije društva, trebali dopustiti proboj pravne osobnosti, posebice kada se radi o deliktnoj odgovornosti društva kćeri⁴⁵. To se, međutim ne ostvaruje u praksi. Zapravo prema Thompsonu, potkapitalizacija je kao razlog proboja pravne osobnosti bila prepoznata u samo otprilike 19% slučajeva.⁴⁶

Iako se najčešće primjenjuje⁴⁷, ova se teorija nalazi pod izrazitom kritikom. Glavna je kritika da su sudovi uspostavili apstraktne kriterije za njenu primjenu, što praktički dovodi do toga da je sudovima dana diskrecijska ovlast u primjeni ove doktrine na pojedine slučajeve.⁴⁸ Naime, navodi se da sudovi rabe termine kao što su „*alter ego*“ (smatra se da se izvorno ovaj termin odnosio na odnos društva i njegovih dioničara), „*instrumentality*“ (smatra se da se ovaj termin više odnosi na odnos između društva majke i društva kćeri) i druge, kao argumente za donošenje svojih presuda, ali koje ne razrađuju te se ne zna koji kriteriji zapravo stoje iza primjene tih termina.⁴⁹ Pozivanje sudova na postojanje tih kriterija počelo se nazivati „metaforičnim dokazima“, koji su upravo zbog toga i oštro kritizirani. Najpoznatija kritika je ona koju je iznio sudac Cardozo, u kojoj navodi da se metafore u pravu

redovno poslovanje. Po pitanju potkapitalizacije, Barbić razlikuje nominalnu i materijalnu potkapitalizaciju. Više o tomu u Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio*, Organizator, Zagreb, 2008., str. 305. Također, potkapitalizacija se još dijeli i na jednostavnu i kvalificiranu. Više o tome u: Slakoper, Z.: *Osobna odgovornost članova društava kapitala*, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1999, v. 20, br. 2, str. 777. Također vidi: Jelinić, S., Akšamović, D.: *O probou pravne osobnosti (piercing the corporate veil)*, *Pravo u gospodarstvu*, 48/2, 2009, str. 560-564, Brnabić, R.: *Proboj pravne osobnosti u joint-venture odnosima*, *Pravo u gospodarstvu*, 49 (3), 2010, str. 709.

45 Campbell, B. Rutheford: *Limited Liability for Corporate Shareholders: Myth or Matter-of-fact*, 63 KY. L.J. 23, 53 (1975); Berle, A. Berle: *The theory of enterprise entity*, 47 Colum. L. Rev. 343, 345 (1947) u Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study...*, op. cit., str. 1065.

46 Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study...*, op. cit., str. 1066.

47 Mnogi slučajevi pozivaju se na teoriju podizanja korporativnog vela. Kao vodeći slučaj navodi se *FMC Finance Corp. v. Murphree*, 632 F.2d 413, 416 (5th Cir. 1980). Slučaj se odnosio na grupu društava koju su tvorili društvo majka i dvoje društava kćeri. Društvo majka bilo je proizvođač autobusa koje je autobuse davalo u najam jednom društvu kćeri. Troškove najma financiralo je drugo društvo kćer, što znači da je društvo kćer koje je uzelo autobuse u najam bilo obvezno plaćati najam upravo tom drugom društvu kćeri. Kada je društvo kćer prestalo plaćati najam, postavilo se pitanje je li društvo majka odgovorno za podmirenje tih obveza. Sud je u tom slučaju uspostavio odgovornost majke društva za obveze društva kćeri. Slično rješenje usvojeno je i u slučaju *Norhawk Investments, Inc. v. Subway Sandwich shops, Inc.*, 811 P.2d 221 (Wash. Ct. App. 1991). Dakle, u središtu je zabluda trećih osoba da ugovor sklapaju s društvom majkom umjesto s društvom kćeri, ili ako društvo majka daje jamstvo da će društvo kćer ispuniti svoju obavezu.

48 Loc. cit.; McChesney, Cf. Fred S.: *Contractarianism Without Contracts? Yet Another Critique of Eisenberg*, 90 Colum. L. Rev. 1332, 1336 (1990).

49 Thompson, B. Robert: *Piercing the corporate veil: an empirical study*, Cornell Law Review, 1991., str. 1036.

trebaju vrlo oprezno motriti, jer premda se početno rabe kako bi oslobodile misao, često završe kao instrumenti koju tu istu misao opterećuju i porobljavaju.⁵⁰

Na to se nadovezuje i problem nedosljednosti sudskih odluka. Jedna od najcitiranijih kritika jest tvrdnja da je proboj pravne osobnosti u američkoj sudskoj praksi kao munja, rijedak, opasan i bez principa.⁵¹ Iz tih su se razloga neki autori čak zalagali da se teorija podizanja korporativnog vela u potpunosti napusti.⁵² Drugi se autori zalažu za manje radikalno rješenje, a to je da se ova teorija kodificira, čime bi kriteriji za njenu primjenu bili jasni.⁵³

Također, u američkoj sudskoj praksi zabilježeni su i slučajevi u kojima su sudovi pogriješno primijenili kriterije za uspostavljanje proboja pravne osobnosti. Primjerice, u jednom je slučaju sud pogriješno ustanovio da je za ocjenu činjenice je li društvo majka potkapitalizirala društvo kćer, tj. je li izvukla imovinu iz društva kćeri, mjerodavan samo trenutak osnivanja društva.⁵⁴ Međutim, do izvlačenja imovine može doći i nakon osnivanja društva, kada se najčešće i događa prijenosom dobiti na društvo majku kroz primjerice preuzimanje njenih dugova i drugo. Stoga je ovakvo formalističko stajalište da se radi samo o trenutku osnivanja društva neutemeljeno.

Isto tako, zabilježen je i slučaj kada je američki sud odbio dopustiti proboj pravne osobnosti jer je društvo majka dalo garanciju vjerovniku da će društvo kćer ispuniti svoju obvezu.⁵⁵ Sud je u tom slučaju smatrao da proboj pravne osobnosti ne dolazi u obzir, jer je i putem garancije uspostavljena odgovornost društva majke za određenu obvezu društva kćeri. Prema Thompsonu, situacije kada društvo majka daje garanciju za društvo kćer ne bi se trebale smatrati da pobijaju primjenu podizanja korporativnog vela, već upravo suprotno, da ju podupiru.⁵⁶ U prilog svojoj tvrdnji, Thompson navodi primjer kada društvo majka garanciju za izvršenje obveze da samo jednome vjerovniku, dok drugim vjerovnicima društva kćeri ne. Time su drugi vjerovnici stavljeni u bitno lošiji položaj. Uspostavljanjem proboja pravne osobnosti vjerovnik kojemu je dana garancija ne bi bio time oštećen, jer garancija bi i dalje bila valjana, a drugim vjerovnicima bi se omogućilo pravo da namire

50 *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.*, 155 N.E. 58, 61 (N.Y. 1926). Citat izvorno glasi: „[m]etaphors in law are to be narrowly watched, for starting as devices to liberate thought, they end often by enslaving it.“

51 Izvornik glasi: „Piercing' seems to happen freakishly. Like lightning it is rare, severe, and unprincipled.“ Citat se nalazi u Easterbrook, H. Frank & Fischel, R. Daniel: *Limited liability and the Corporation*, 52 U. Chi. L. Rev 89 (1985).

52 Bainbridge, Stephen M.: *Abolishing Veil Piercing*, 26 J. Corp. L. 479 (2001); Michael, Douglas C.: *To Know a Veil*, 26 J. Corp. L. 41 (2000).

53 Huss, Rebecca J.: *Revamping Veil Piercing for All Limited Liability Entities: Forcing the Common Law Doctrine into the Statutory Age*, 70 U. Cin. L. Rev. 95, 96 (2001); Matheson, John H. & Eby, Raymond B.: *The Doctrine of Piercing the Veil in an Era of Multiple Limited Liability Entities: An Opportunity to Codify the Test for Waiving Owners' Limited-Liability Protection*, 75 Wash. L. Rev. 147, 152 (2000).

54 *Consumer's Co-op v. Olsen*, 419 N.W.2d 211, 217-18 (Wis. 1988).

55 *Baatz v. Arrow Bar*, 452 N.W.2d 138, 141 (S.D. 1990).

56 Thompson, B. Robert: *Piercing the Corporate Veil...*, str. 631.

svoja potraživanja pod uvjetom da su ispunjeni svi kriteriji za primjenu teorije podizanja korporativnog vela. Dakle, ciljevi garancije i proboja pravne osobnosti nisu u sukobu, te nije opravdano stajalište da se međusobno isključuju. Postojanje garancije za izvršenje obveze može biti samo dodatni dokaz postojanju povezanosti između dva društva.

Međutim, upravo se neki od navedenih nedostataka navode kao i prednosti ove teorije. Mnogi autori smatraju da unatoč apstraktnosti kriterija za primjenu ove doktrine, sudovi ju pravilno primjenjuju slijedeći svoj istančani dobar sudački osjećaj.⁵⁷ Iako zvuči zbunjujuće, postoji mišljenje da upravo diskrecijski pristup sudova omogućava da se i u specifičnim slučajevima zaštite stranke. Odnosno, da se omogućući da treće stranke koje sklapaju ugovore s društvima kćerima ostvare svoja prava iz ugovora, i to upravo s onom strankom s kojom su i smatrale da su sklopile posao, a to je društvo majka.⁵⁸ Naime, pitanje s kojim društvom unutar grupe su treće osobe smatrale da su sklopile ugovor jedan je od glavnih razloga podizanja korporativnog vela. Tipičan primjer krivog predstavljanja društva majke i dovođenja trećih strana u zabludu je slučaj kada treća strana pregovara s društvom majkom, a na kraju sklopi ugovor s društvom kćeri, iako je bilo pogrešno navedeno da je ugovor sklopljen s društvom majkom.⁵⁹ U takvim slučajevima redovito društvo kćer ima manje sredstava i mogućnosti da ispuni svoju ugovornu obvezu, čime se treća strana dovodi u nepovoljniji položaj, nego što bi bila da je ugovor zaista i sklopila s društvom majkom.

Tipični slučajevi kada se uspostavlja odgovornost društva majke su i kada ono sustavno izvlači imovinu iz društva kćeri, čime onemogućuje da društvo kćer ispuni svoju ugovornu obvezu.⁶⁰ To se čini prijevarnim prijenosom imovine, smanjenjem imovine društva, ugovorom kojim se društvo kćer obvezuje preuzeti i ispuniti dug društva majke, isplatom pretjeranih dividendi čime se znatno otežava daljnje poslovanje društva kćeri i drugo.⁶¹ Takvo ponašanje nije u skladu s načelom

57 Thompson, B. Robert: *Piercing the Corporate Veil: an empirical study*, op. cit., str. 1037; Latty, R. Elvin: *The Corporate Entity as a Solvent of Legal Problems*, 34 Mich. L. Rev. 597, 621-30 (1936); Blumberg, I. Phillip, *The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations*, 15 Del. J. Corp. L. 283, 328 (1990); Berle, A. Adolf *The Theory of Enterprise Entity*, 47 Colum. L. Rev. 343, 345 (1947).

58 Strasser, A. Kurt, *Piercing the veil...*, op. cit., str. 650.

59 Ibid., str. 652. Također, više o tome u Thompson, B. Robert, *Piercing the Corporate Veil...*, str. 628.

60 Ibid., str. 654.

61 Ibid., str. 655. Takvi slučajevi loše poslovne prakse, zabilježeni su u američkoj sudskoj praksi. Primjerice, slučaj *Eagle Air, Inc. v. Corroon & Black Dawson & Co.*, 648 P.2d 1000 (Alaska 1982). U tom je slučaju društvo majka primalo zajmove od svoja dva društva kćeri, a zajmove je davalo i jedno društvo kćer drugome, tj. društvu sestri. Kada jedno od društava kćeri više nije moglo ispunjavati svoje obveze, sud je pronašao odgovornima i društvo majku i društvo sestru. Tipičan je slučaj i *K. C. Roofing Ctr. v. On Top Roofing, Inc.*, 807 S.W.2d 545, 547 (Mo. Ct. App. 1991). U tom je slučaju društvo majka osnovalo više društava kćeri, kojima je delegirala pojedine poslove u obavljanju glavne djelatnosti društva majke, a to su bili poslovi vezani uz pokrivanje kuća krovovima. Dobit društava kćeri ulagala se u izgradnju zgrade koja je bila sjedište društva majke te na visoka primanja njenih zaposlenika. Istodobno, vjerovnici

savjesnosti i poštenja koji se traži od ugovornih stranaka, te uspostavljanje proboja pravne osobnosti u tim slučajevima omogućava i sankciju za nepoštivanje toga temeljnog načela ugovornih odnosa.

bb) Pojednostavljena teorija podizanja korporativnog vela

Pojednostavljenje u odnosu na tradicionalnu teoriju je da sudovi svoje odluke o proboju pravne osobnosti ne temelje više na tri kriterija, već na temelju samo jednog kriterija. Pa tako sudovi najčešće koriste kriterije samostalnosti društva kćeri u vođenju društva ili prijevarnog postupanja društva majke ili samo formalno navode da ispituju sva tri kriterija, dok detaljno ispituju samo jednog od njih.⁶² Takve se presude uobičajeno temelje na značajnim, odlučujućim činjenicama, kao što bi bila činjenica da je društvo kćer ovisno o društvu majci.⁶³ Kao najjači dokazi takve ovisnosti smatraju se činjenice da društvo kćer nema svojih zaposlenika niti od društva majke odvojenih sredstava za rad.⁶⁴ Vezano uz prijevarno ponašanje društva majke, nema zatvorene liste primjera takvog ponašanja, što je logično. Ipak, neki se uzorci ponavljaju. To je primjerice izbjegavanje postojećih obveza društva majke, pogriješno prikazivanje imovine društva namijenjene za ispunjenje ugovornih obveza, izvlačenje imovine iz društva koje je pravni titular u određenom ugovornom odnosu u kojemu je preuzeo neku obvezu i dr.⁶⁵

bc) Alternativne teorije

Alternativne teorije razvijale su se uz bok tradicionalne teorije podizanja korporativnog vela, od koje se razlikuju po tomu što su ih sudovi primjenjivali u slučajevima kada se stranke nisu pozivale na tradicionalnu teoriju ili kada se na činjenice pojedinačnih slučajeva teorija podizanja korporativnog vela nije mogla primijeniti.⁶⁶ To su teorija jednog poduzeća (*enterprise theory*) i teorija zastupanja i kvazizastupanja (*agency* ili *quasi-agency theory*). Važno je primijetiti da, iako ove teorije slijede logiku tradicionalne teorije podizanja korporativnog vela, na nju se ne pozivaju, već naglasak stavljaju na veliki stupanj kontrole društva majke nad društvom kćeri koji se očituje bilo u ekonomskoj povezanosti bilo preslikavanjem pravnih odnosa iz zastupanja na odnos između ta dva društva.

društava kćeri nisu se imali od čega namiriti. U tom je slučaju sud dopustio proboj pravne osobnosti, te ustanovio odgovornost društva majke za obveze društva kćeri prema njenim vjerovnicima.

62 Strasser, A. Kurt: *Piercing the veil...*, op. cit., str. 643.

63 Loc. cit.

64 *Middendorf v. Fuqua Indus., Inc.*, 623 F.2d 13, 17 (6th Cir. 1980); *Del Santo v. Bristol County Stadium, Inc.*, 273 F.2d 605, 608 (1st Cir. 1960).

65 Strasser, A. Kurt: *Piercing the veil...*, op. cit., str. 643.

66 *Ibid.*, str. 646.

bca) Teorija jednog poduzeća

Ova se teorija odnosi na slučajeve u kojima se unutar grupe društava javlja samo jedno poduzeće, tj. u kojima pojedina društva koja čine grupu društava nemaju svoja odvojena poduzeća, već sva sudjeluju u vođenju samo jednog poduzeća.⁶⁷ U procjeni može li doći do proboja pravne osobnosti, u pravilu se u okviru ove teorije ne traži uvjet da društvo majka prijevarno postupi, već je dostatno ustanoviti da su društva povezana jedinstvenim poduzećem. Dakle, naglasak je stavljen na funkcionalnu, a ne formalnopravnu povezanost. Na taj način se ova teorija približava već opisanoj teoriji podizanja korporativnog vela na temelju samo jednog kriterija. S obzirom na to da ova teorija u središte stavlja poduzeće, u okviru nje se ne raspravlja o pitanju odvojene odgovornosti društva majke kao dioničara za obveze društva kćeri, već se samo traži da društva imaju jedno poduzeće.⁶⁸ Nedvojbeno je da ova teorija rabi prilično jednostavni i lako primjenjivi kriterij za uspostavljanje proboja pravne osobnosti. Međutim, u praksi se nije razvila do te mjere da bi mogla zamijeniti primjenu tradicionalne teorije podizanja korporativnog vela s njena tri kriterija.

Vezano uz teoriju jednog poduzeća, pojavljuje se i jedinstvena odgovornost društava u grupi za neispravan proizvod koji je proizveden u zajedničkom poduzeću. Zajednička odgovornost logična je posljedica razmatranja da je proizvod proizveden u jedinstvenom poduzeću. To posebice obuhvaća slučaj odgovornosti društva majke za neispravan proizvod koji je proizvelo njeno društvo kćer. U tom je slučaju nebitno je li društvo majke distribuiralo taj proizvod ili ne.⁶⁹

bcb) Teorija zastupanja i kvazizastupanja

Glavna razlika ove teorije u odnosu na teoriju jednog poduzeća jest da sudovi stavljaju naglasak upravo na formalnopravnu razdvojenost društava, u okviru čega se društvo kćer tretira kao zastupnik (*agent*) društva majke.⁷⁰ U anglosaksonskom pravu, *agency* se definira kao ugovor između dviju strana, prema kojem jedna strana daje punomoć drugoj da ju zastupa, te da u njeno ime poduzima pravne radnje koje će obvezivati zastupanu stranku.⁷¹ Međutim, odnos između društava u pravilu nije odnos zastupanja u formalnopravnom smislu. Pokušaj zasnivanja odgovornosti

67 Loc. cit.

68 Ibid., str. 647.

69 Loc. cit.

70 Strasser, A. Kurt: *Piercing the veil...*, op. cit., str. 648. Jedan od slučajeva u američkoj sudskoj praksi jasno demonstrira kako američki sudovi primjenjuju ovu teoriju. Naime, radi se o slučaju *Solar International shipping Agency v. Eastern Proteins Export, Inc.*, 778 F.2d 922, 925 (2d Cir. 1985). Obje kompanije je u potpunosti posjedovao zajednički osnivač, te je sud pronašao da je upravo taj osnivač odgovoran za obveze kompanija iz razloga što je djelovao kao njihov neskriveni principal, dok su te kompanije bile njegovi zastupnici. Bez sumnje, iako je sud putem teorije kvazizastupništva uspostavio odgovornost osnivača, obrazloženje te presude zapravo počiva na tradicionalnoj teoriji podizanja korporativnog vela.

71 Loc. cit.

društva majke za obveze društva kćeri primjenom odnosa iz zastupanja ima dobru podlogu u činjenici da društvo majka kontrolira i daje obvezujuće upute društvu kćeri, pri čemu je društvo kćer obvezna postupati po dobivenim uputama. Ako je društvo kćer obvezno postupati po dobivenim uputama, tada se opravdano postavlja pitanje može li se uopće smatrati da društvo kćer pravne poslove sklapa za svoj račun. Radi održanja ravnoteže u odnosima prava i obveza pojedinih strana, u odnosu zastupanja, smatra se da takvi pravni poslovi ne obvezuju zastupnika, već zastupanu osobu pod uvjetom da je zastupnik djelovao u okviru dobivenih ovlaštenja. Upravo se teorijom zastupanja i kvazizastupanja željelo pronaći takav pravni put da se ustanovi da je društvo majka ugovorna strana koja je preuzela prava i obveze, dok je društvo kćer samo djelovalo u svojstvu zastupnika.

Ova se teorija razlikuje od tradicionalnih kriterija za podizanje korporativnog vela po tome što se ne traži dokazivanje prijevarnog postupanja društva majke prema trećim osobama, te se radi o teoriji koja već na temelju postojanja jednoga kriterija uspostavlja odgovornost društva majke.⁷²

3. PROBOJ PRAVNE OSOBNOSTI U PRAKSI EUROPSKOG SUDA

U Europskoj uniji (dalje u tekstu: EU), odgovornost društva majke za obveze društva kćeri u najvećem se opsegu razrađuje u okviru prava tržišnog natjecanja. U radu će se kroz *case law* Europskog suda⁷³ (dalje u tekstu: ECJ), analizirati kriteriji koji su uspostavljeni za uspostavu proboga pravne osobnosti društva kćeri u domeni tržišnog natjecanja.

Kao prvi slučaj u kojemu ECJ uspostavlja ekonomsku povezanost društva kao kriterij za proboj pravne osobnosti u domeni prava tržišnog natjecanja, navodi se slučaj *Christiani* iz 1969.⁷⁴ U tom je slučaju ECJ utvrdio da pravila tržišnog natjecanja u smislu čl. 85. st. 1. Sporazuma EEA nisu povrijeđena. Naime, radilo se o dva društva, u kojemu je jedno od društava bilo majka – *Christiani & Nielsen AS* sa sjedištem u Danskoj (dalje u tekstu: društvo majka), a drugo je bilo društvo kćer – *Christiani & Nielsen NV* sa sjedištem u Nizozemskoj (dalje u tekstu: društvo kćer). Društvo majka *Christiani* osnovalo je društvo kćer, te je bila 100%-ni imatelj njenih dionica. U konkretnom slučaju sporan je bio sporazum između ta dva društva kojim se društvo kćer obvezalo da neće obavljati djelatnosti društva izvan Nizozemske bez pristanka društva majke. Takvi su sporazumi o podjeli tržišta nedopušteni. Stoga je ključno pitanje bilo treba li se ta dva društva tretirati kao dva odvojena društva, u kojem će slučaju takav sporazum biti štetan i nedopustiv ili se radi o jednome društvu, unutar kojega bi takav sporazum bio dopustiv.

⁷² Ibid., str. 649.

⁷³ European Court of Justice.

⁷⁴ Slučaj 69/195/CEE, 69/195/CEE: Decisione della Commissione, del 18 giugno 1969, relativa a una domanda di attestazione negativa (fascicolo IV/22.548 - *Christiani & Nielsen*), Gazzetta ufficiale n. L 165 del 05/07/1969 pag. 0012 – 0014, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31969D0195:IT:HTML>.

Kao prvi korak, ECJ je potvrdio da se formalnopravno radi o dva odvojena društva. Čak niti činjenica da je društvo majka bila 100%-ni imatelj dionica društva kćeri nije utjecala na takav zaključak. Međutim, drugi argumenti, točnije četiri glavna argumenta, koji su svjedočili o ekonomskoj povezanosti tih dvaju društava, doveli su ECJ do zaključka da se u ovome slučaju ipak radi o jednome društvu, tj. da se spomenuti sporazum treba tretirati kao sporazum unutar jednoga društva, a ne kao sporazum između dva odvojena društva.

To su bili sljedeći argumenti. Kao prvo, ECJ je smatrao da nije zadovoljen uvjet da je između dva društva postojala tržišna konkurencija, što se traži da bi se primijenio čl. 85. Sporazuma EEA. Nepostojanje konkurencije vidi se iz činjenice da društvo kćer nije moglo poduzimati autonomne, tj. samostalne odluke bez pristanka ili upute društva majke. Na taj način društvo kćer nije moglo biti konkurentno društvu majci, zbog čega između ta dva društva nije ni mogao postojati sporazum koji bi ograničavao tržišnu utakmicu između njih.

Kao drugo, ECJ je smatrao da je u konkretnom slučaju osnivanje društva kćeri bilo zapravo ekonomska strategija društva majke, tj. širenje na tržištu, gdje pravi cilj nije bio osnivanje društva koje će predstavljati samostalnu ekonomsku cjelinu, već samo produžetak ekonomske politike i tržišnih potreba društva majke.

Kao treće, ECJ je pronašao ključnim činjenice da je društvo majka imala pravo imenovati direktore društva kćeri i da je imala pravo davati obvezujuće upute upravi društva kćeri.

Kao četvrto, kao prilog ekonomskoj povezanosti tih dvaju društava, ECJ je iznio i argument da je između društava postojao sporazum o izmjeni podataka, izuma, *know-how* i trajnoj suradnji između ta dva društava.

S obzirom na gore izneseno, ECJ je donio zaključak da pravila tržišnog natjecanja nisu narušena jer se u ovome slučaju radilo o jednome poduzeću, te se radnje društva kćeri trebaju tretirati kao radnje društva majke. Na taj način došlo je do proboja pravne osobnosti u društvu kćeri.

Drugi je značajan slučaj iz područja tržišnog natjecanja u kojemu je sud potvrdio da se gore navedeni kriteriji moraju ispuniti da bi došlo do proboja pravne osobnosti slučaj *Dyestuffs* iz 1972. godine.⁷⁵ Činjenice slučaja su sljedeće. Komisija je na vlastitu inicijativu 31. svibnja. 1967. godine pokrenula postupak za utvrđivanje povrede tržišnog natjecanja protiv čak sedamnaest proizvođača bojila (*dyestuffs*), od kojih su neki imali sjedište u EU, a neki izvan EU-a.⁷⁶ Razlog zašto je Komisija pokrenula taj postupak je povećanje cijene bojila koju su istovremeno podigli svi postupkom obuhvaćeni proizvođači na području EU-a. Nakon provedenog postupka, Komisija je ustanovila da se zaista i radilo o tzv. usklađenom djelovanju (*concerted practices*), što predstavlja povredu poštenog tržišnog natjecanja. Kao posljedicu, Komisija je svim obuhvaćenim tuženicima odredila novčanu kaznu.

75 Judgment of the Court of 14 July 1972. *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission of the European Communities*, Case 48-69, European Court reports 1972 Page 00619 – 00664, (dalje u tekstu *Dyestuffs case*), dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969J0048:EN:PDF>.

76 *Dyestuffs case*, para. 7., str. 649.

Protiv takve odluke Komisije, ECJ-u je žalbu podnio jedan od kažnjenih proizvođača – *Imperial Chemical Industries Ltd.* koji je imao sjedište izvan EU-a.⁷⁷ Pored meritornih žalbi, za pitanje proboja pravne osobnosti, najzanimljivija je žalba na nadležnost, u kojoj je podnositelj žalbe tvrdio da Komisija nije imala nadležnost da mu odredi kaznu zbog toga što se sporna radnja za koju je kažnjen, tj. podizanje cijene kao posljedica usklađenog djelovanja, dogodila izvan tržišta EU-a, a osporavao je i zaključak Komisije da je imao utjecaj na podizanje cijene na tržištu EU-a.⁷⁸ Pri ocjeni ove tvrdnje, ECJ je smatrao da je najvažnije odrediti jesu li osporene radnje podnositelja žalbe imale izravan učinak na tržištu EU-a. Nepobitna je činjenica da se cijena bojila povećala i na tržištu EU-a. Pri ocjeni je li podnositelj žalbe izravno utjecao na to, ECJ je pozitivno odgovorio.

Naime, ECJ je ustvrdio da je podnositelj žalbe bio društvo majka u odnosu na više od jednog društava kćeri sa sjedištem u EU, a koje su također prodavale bojilo na tržištu EU. Glavni argument ECJ-a bio je da je podnositelj žalbe imao pravo kontrole i davanja obvezujućih uputa svojim društvima kćerima, zbog čega je mogao osigurati da se njegova odluka o podizanju cijena provede i na tržištu EU-a kroz njegova društva kćeri.⁷⁹ ECJ je smatrao da je time radnja podnositelja žalbe, iako učinjena izvan tržišta EU-a, izravno utjecala i na tržište EU-a.

Podnositelj žalbe protivio se ovakvom argumentu, tvrdeći da ECJ ne može ponašanje društava kćeri pripisati društvu majci, već da se radnje društava kćeri trebaju smatrati kao odvojene radnje, neovisne o njemu. Svoj argument temeljio je na činjenici da se radi o formalnopravno odvojenim društvima.⁸⁰ ECJ se nije složio. Razrađujući kriterije za uspostavu proboja pravne osobnosti, ECJ je krenuo od tvrdnje da činjenica da društvo kćer ima odvojenu pravnu osobnost nije dostatna da se isključi odgovornost društva majke.⁸¹ To posebice vrijedi ako društvo kćer nije neovisno u donošenju odluka, već je obvezno postupati po uputama društva majke.⁸² U tom se slučaju društvo kćer ne može smatrati odvojenom ekonomskom cjelinom, te se radnje društava kćeri mogu smatrati kao radnje društva majke.⁸³ U konkretnom slučaju, ECJ je potvrdio da je društvo – podnositelj žalbe imao prevladavajući utjecaj nad društvima kćeri, zbog toga što je imalo pravo davanja obvezujućih uputa upravama društava kćeri, te da se radnje društava kćeri mogu izjednačiti s radnjama podnositelja žalbe. Na taj način je nadležnost Komisije potvrđena, jer se može

77 Dyestuffs case, para. 10., str. 649.

78 Dyestuffs case, para. 125., str. 661. Izvorno glasi “The applicant, whose registered office is outside the Community, argues that the commission is not empowered to impose fines on it by reason merely of the effects produced in the Common Market by actions which it is alleged to have taken outside the community.”

79 Dyestuffs case, para. 130., str. 662.

80 Dyestuffs case, para. 131., str. 662.

81 Dyestuffs case, para. 132., str. 662.

82 Dyestuffs case, para. 133., str. 662. Izravno glasi: „Such may be the case in particular where the subsidiary, although having separate legal personality, does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company.”

83 Dyestuffs case, para. 135., str. 662.

ustvrditi da je društvo – podnositelj žalbe, iako sa sjedištem izvan EU-a, izravno sudjelovalo u nedopuštenom usklađenom djelovanju na tržištu EU-a.⁸⁴

Pored ovih kriterija, ECJ je razvio i jednu iznimno važnu zakonsku presumpciju u recentnijim slučajevima kao što su *General Química SA and Others v European Commission* iz 2011.,⁸⁵ *Alliance One International and Others v Commission* iz 2010.,⁸⁶ *Akzo Nobel and Others v Commission* iz 2009.,⁸⁷ *Stora Kopparbergs Bergslags AB v Commission of the European Communities* iz 2000.,⁸⁸ *AEG-Telefunken AG v Commission of the European Communities* iz 1983.⁸⁹ i dr. Naime, ECJ je ustvrdio da će se u slučajevima kada je društvo majka 100%-ni, tj. jedini imatelj dionica/udjela u društvu kćeri smatrati da je izvršilo odlučujući utjecaj na društvo kćer, zbog čega će se povreda tržišnog natjecanja društva kćeri pripisati društvu majci, te će na taj način doći do proboja pravne osobnosti društva kćeri. Ta je zakonska presumpcija, međutim, oboriva, što znači da društvo majka može dokazivati da nije izvršilo odlučujući utjecaj na društvo kćer. Točnije, društvo majka može dokazivati da je društvo kćer samostalno poduzelo određenu radnju, bez utjecaja i bez dobivene upute od društva majke.⁹⁰ ECJ je čak otišao i korak dalje u tumačenju ove presumpcije, te je izričito naznačio da se za uspostavu odgovornosti društva majke *ne* traži izravno djelovanje društva majke u konkretnoj povredi, već je dostatna činjenica da općenito društvo majka ima odlučujući utjecaj na društvo kćer.⁹¹

84 Dyestuffs case, para. 141., str. 663.

85 Judgment of the Court (First Chamber) of 20 January 2011., Case C-90/09 P., European Court reports 2011 Page 00000, dostupno na: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&newform=newform&Submit=Submit&alljur=alljur&juredj=juredj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&docj=docj&docnoj=docnoj&typeord=ALL&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=&ddatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&no musuel=&domaine=CONC&mots=parent+liability+for+subsidiary&resmax=100>.

86 Case T-24/05: Judgment of the General Court of 27 October 2010, OJ C 346, 18.12.2010, str. 39–39, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:346:0039:0039:EN:PDF>.

87 Case T-175/05: Judgment of the Court of First Instance of 30 September 2009 — Akzo Nobel and Others v Commission, OJ C 282, 21.11.2009, str. 36–36, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:282:0036:0036:EN:PDF>.

88 Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 16 November 2000., Case C-286/98 P., European Court reports 2000 Page I-09925, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0286:EN:PDF>.

89 Judgment of the Court of 25 October 1983, Case 107/82., European Court reports 1983 Page 03151, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61982J0107:EN:PDF>.

90 Sahni, Binda: *The interpretation of the corporate personality*..., op. cit. str. 23.

91 *Akzo Nobel and Others v Commission*, para. 75. Izvorno glasi: “ That argument does not take account of the case-law to the effect that the liability of a parent company for infringements of competition law committed by its subsidiaries may be presumed where that parent company is the sole shareholder in the subsidiary, unless the party challenging the presumption adduces sufficient evidence to rebut it. In addition, the Commission denies that it is clear from its decision-making practice that it used a criterion of direct involvement of the parent company in the infringement to impute liability to the parent company for infringements committed by its subsidiaries.”

Iz toga se može zaključiti da je ECJ u svojoj praksi jasno utvrdio kriterije pod kojima može doći do proboja pravne osobnosti društva kćeri u domeni tržišnog natjecanja. To je prije svega oboriva presumpcija da će do proboja doći u svim slučajevima kada je društvo majka 100%-ni imatelj dionica/udjela društva kćeri. Ako ta presumpcija nije zadovoljena, sudovi će analizirati ekonomsku povezanost društava, te ako nađu da se radi o jednome poduzeću, u kojemu društvo majka ima pravo davati obvezujuće odluke društvu kćeri, ustanovit će proboj pravne osobnosti jer društvo kćer ne tvori nezavisnu ekonomsku cjelinu. Takvo shvaćanje ECJ-a povezuje elemente američkih teorija tradicionalnog podizanja korporativnog vela i teorije ekonomske povezanosti.

Posebno je zanimljivo analizirati mogu li se u domeni tržišnog natjecanja, kriteriji ECJ-a za proboj pravne osobnosti svrstati u područje odgovornosti društva majke za deliktne ili za ugovorne povrede društva kćeri. Pri tomu je odlučujuća činjenica da ECJ ne analizira je li u konkretnom slučaju društvo majka počinilo povredu / izdalo određenu uputu ili nije. Dostatno je dokazati takvu ekonomsku povezanost između društava, gdje društvo kćer ne tvori samostalnu ekonomsku cjelinu. Takva praksa odgovara američkoj ugovornoj teoriji odgovornosti društva majke. Kao što je rečeno, u tradicionalnoj teoriji podizanja korporativnog vela, koja se temelji na odgovornosti društva majke za ugovorne povrede društva kćeri, traži se samo dokaz da je društvo kćer ovisno o društvu majci koja ima prevladavajući utjecaj nad njime te da je tužitelju nastala šteta. Kriterij da se mora dokazati da je radnja nastala zbog prijevarnog ponašanja društva majke napušten je u kontekstu ugovorne odgovornosti. Dakle, ECJ proboj pravne osobnosti u domeni tržišnog natjecanja temelji se na ugovornoj odgovornosti društva majke te je dostatno dokazati da društvo majka ima prevladavajući utjecaj.

Za shvaćanje ECJ-a o odgovornosti društva majke na temelju ugovorne ili izvanugovorne odgovornosti društva kćeri, iznimno je značajan slučaj *Freeport plc v Olle Arnoldsson*.⁹² Taj slučaj zorno pokazuje kako ECJ daje znatno manju važnost činjenici temelji li se tužbeni zahtjev na ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti društva kćeri, no što to čine američki sudovi, kojima je upravo to jedno od ključnih pitanja.

Naime, ECJ-u je upućen preliminarni zahtjev za interpretaciju čl. 6. st. 1. Uredbe Bruxelles I.,⁹³ a koji se odnosi na jurisdikciju nacionalnih sudova da jednim postupkom obuhvate više tuženika sa sjedištima/prebivalištima u različitim državama članicama EU. Navedeni članak određuje da pravna/fizička osoba, kada je ta osoba jedna od tuženika, može biti tužena u bilo kojoj državi članici EU-a u kojoj jedan od ostalih tuženika ima svoje sjedište/prebivalište, pod uvjetom da su zahtjevi

92 Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 October 2007., *Freeport plc v Olle Arnoldsson*, Case C-98/06., European Court reports 2007 Page I-08319, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0098:EN:PDF>.

93 Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001, str. 1–23, dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:EN:PDF>.

protiv tuženika u toliko bliskoj vezi da je svrhovito odlučiti o tim zahtjevima zajedno kako bi se izbjegao rizik donošenja nepomirljivih tj. različitih odluka kao rezultat provođenja razdvojenih postupaka.⁹⁴ Drugim riječima, ova odredba Uredbe Bruxelles I. dopušta slučaj da se tuženik tuži pred sudom države članice u kojoj on nema svoje sjedište/prebivalište.

U slučaju *Freeport*, tužitelj je podigao tužbu pred nacionalnim sudom u Švedskoj, a protiv *Freeport plc*, društva sa sjedištem u Velikoj Britaniji. *Freeport plc* bio je društvo majka drugom tuženiku, tj. *Freeport Leisure AB* (dalje u tekstu: *Freeport AB*), sa sjedištem u Švedskoj. Tužitelj je o sklapanju posla pregovarao s društvom majkom, koje je za izvršenje svoje obveze osnovalo društvo kćer - *Freeport AB* sa sjedištem u Švedskoj. Kada društvo kćer nije ispunilo svoju obvezu, tužitelj je pred švedskim nacionalnim sudom pokrenuo postupak i protiv društva majke i društva kćeri. Glavni prigovor društva majke bio je da švedski sud nema jurisdikciju nad njim jer se tužbeni zahtjev protiv društva majke temelji na ugovornoj obvezi, dok se tužbeni zahtjev protiv društva kćeri temelji na izvanugovornoj odgovornosti. Slijedom toga, tužitelj je tvrdio da ta dva zahtjeva nemaju istu pravnu osnovu, te se postupak protiv društva majke ne može voditi zajedno s postupkom prema društvu kćeri pred švedskim sudom, već se ti postupci moraju razdvojiti tako da se protiv društva majke postupak može voditi samo u Velikoj Britaniji, prema sjedištu društva.

Značajno, činjenicu da zahtjevi protiv ova dva društva nemaju istu pravnu osnovu, u smislu ugovorne i izvanugovorne odgovornosti, nije osporavano niti tužitelj niti ECJ.⁹⁵ Naime, ugovor je sklopljen između tužitelja i društva majke, te se odgovornost društva majke temelji na neispunjenju ugovora. S druge strane, u trenutku sklapanja ugovora, društvo kćer još nije ni bilo osnovano. Zajedno s činjenicom da ugovor između društva kćeri i tužitelja nikad nije ni bio sklopljen, bilo je nesporno da se odgovornost društva kćeri temelji na izvanugovornoj osnovi. Švedski je sud u prvom stupnju (*tingsrätt, Göteborg*) prihvatio jurisdikciju nad oba tuženika. Tuženik – društvo majka podnio je žalbu protiv takve odluke drugostupanjskom sudu (*hovrätten för Västra Sverige*) koji je, međutim, potvrdio odluku prvostupanjskog suda. Tuženik je, zatim, pokrenuo postupak po tom pitanju pred švedskim Vrhovnim sudom (*Högsta domstolen*), koji je kao preliminarno pitanje zatražio od ECJ-a može li se gore navedeni čl. 6. st. 1. Uredbe Bruxelles I. može tumačiti na način da sud može provoditi postupak nad više tuženika, u kojemu se zahtjevi temelje na različitim pravnim osnovama.

Pri davanju odgovora na to pitanje, ECJ je krenuo od striktnog tumačenja članka. Takvim je tumačenjem ustanovio da čl. 6. st. 1. Uredbe Bruxelles I. ne traži

94 Članak 6., st. 1. Uredbe Bruxelles I. glasi: „A person domiciled in a Member State may also be sued: 1. where he is one of a number of defendants, in the courts for the place where any one of them is domiciled, provided the claims are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.“

95 Slučaj *Freeport*, para 33.

izričito da postupci koji se vode zajedno moraju imati i istu pravnu osnovu.⁹⁶ Ono što se traži je postojanje rizika da bi se u razdvojenim postupcima donijele različite odluke, a radi se o postupcima koji imaju „blisku vezu.“ Slijedom toga, ECJ je zaključio da sud može voditi jedan postupak koji obuhvaća više tuženika, bez obzira što se zahtjevi protiv njih temelje na različitim pravnim osnovama, tj. protiv jednog tuženika na ugovornoj, a protiv drugoga na izvanugovornoj odgovornosti.

Takvo se shvaćanje ECJ-a može tumačiti kao zauzimanje vrlo liberalnog stajališta u odnosu na osnovu odgovornosti kada se odlučuje o probou pravne osobnosti. Naime, to bi značilo da će sud primijeniti isti kriterij pri odlučivanju o probou pravne osobnosti, neovisno o osnovi odgovornosti društva kćeri. Ipak, treba se imati na umu da je u domeni tržišnog natjecanja, ECJ uvijek primjenjivao kriterije ugovorne odgovornosti da bi ustanovio probou pravne osobnosti. Pri tomu nije razrađivao razliku koja bi postojala kada bi se promatrala odgovornost društva majke na temelju izvanugovorne odgovornosti društva kćeri, kada bi se, prije svega tražila njena namjera da zlouporabi svoj položaj da kao dioničar/imatelj udjela u društvu kćeri ne odgovara za obveze društva kćeri.

Tu se, nadalje, postavlja pitanje može li tužitelj uvijek tražiti istu odštetu, neovisno o osnovi odgovornosti društva majke. Naime, u američkom je pravu to jedno od ključnih pitanja, jer se na temelju deliktne odgovornosti može tražiti puno viša odšteta od one na temelju ugovorne. Od postojeće prakse ECJ-a, može se samo zaključiti da su kriteriji za ustanovljavanje povrede isti, tj. dostatno je da se traži prevladavajući utjecaj društva majke te stoga i zahtjev za odštetu neće biti različit jer se uvijek temelji na jednoj osnovi. Naravno, takvo je stajalište ECJ u domeni tržišnog natjecanja. Može se argumentirati da je takav stav posljedica politike da se povrede tržišnog natjecanja učinkovito rješavaju i lako dokazuju. Jer dostatno je dokazati da je društvo majka 100%-ni imatelj dionica/udjela u društvu kćeri ili da ima prevladavajući utjecaj kroz ovlast davanja obvezujućih uputa, imenovanje direktora i drugo. Dakle, takav se dokaz smatra dovoljnim da bi se ustanovio probou pravne osobnosti te da se za potrebe tržišnog natjecanja, takva društva tretiraju kao jedno. Nužno je napomenuti da nije uvijek nepovoljno za društva, ako ECJ utvrdi da se imaju tretirati kao jedno. Kao što je navedeno, u slučaju Christiani, stajalište ECJ-a da se radi o jednome društvu, bilo je oslobađajuće za tuženike jer se zbog toga njihov sporazum o podjeli tržišta nije smatrao kao sporazum između dva društva, već kao sporazum unutar jednog društva, koji je kao takav dopušten. Dakle, može se zaključiti da su stajališta ECJ-a prilagođena specifičnim potrebama tržišnog natjecanja, te da nisu nužno osnova za zaključak da bi ECJ zauzeo isto stajalište kada bi razmatrao pitanje probou pravne osobnosti i u drugim područjima prava.

⁹⁶ Slučaj *Freeport*, para 38.

4. PROBOJ PRAVNE OSOBNOSTI U REPUBLICI HRVATSKOJ

Republika Hrvatska usvojila je institut proboja pravne osobnosti društava, te je definirala kriterije za njegovu primjenu u Zakonu o trgovačkim društvima.⁹⁷ Prije svega, valja naglasiti da je opće pravilo usvojeno za društva kapitala, točnije za dioničko društvo (dalje u tekstu: d.d.) i za društvo s ograničenom odgovornošću (dalje u tekstu: d.o.o.), da članovi tih društava ne odgovaraju za obveze društva⁹⁸, što je u potpunosti usklađeno s komparativnim rješenjima. Međutim, to pravilo nije apsolutno. I hrvatski zakonodavac dopušta proboj pravne osobnosti pod određenim uvjetima. Točnije, čl. 10. st. 3. ZTD-a predviđa da se član ne može pozivati na činjenicu da ne odgovara za obveze društva, ako zlorabiti okolnost da kao član društva ne odgovara za njegove obveze kada je to propisano zakonom.

ZTD nadalje daje primjeričnu listu kada se može smatrati da član društva zlorabljuje gore navedenu okolnost. To su četiri primjerična slučaja. Prvi se odnosi na situaciju kada član društva koristi društvo za to da bi postigao cilj koji mu je inače zabranjen.⁹⁹ Drugi slučaj odnosi se na situaciju kada član društva koristi društvo da bi oštetio vjerovnike.¹⁰⁰ Treći slučaj odnosi se na situaciju ako član protivno zakonu upravlja imovinom društva kao da je to njegova imovina.¹⁰¹ Tu se kao poseban slučaj zlorabe u sudskoj praksi navodi, tzv. miješanje imovine, kada se za dijelove ili za svu imovinu društva ne može sa sigurnošću utvrditi pripada li društvu ili članu društva.¹⁰² Četvrti je slučaj ako član društva u svoju korist ili u korist neke druge osobe umanju imovinu društva, iako je znao ili morao znati da ono neće moći podmiriti svoje obveze.¹⁰³ Do proboja pravne osobnosti može doći i ako je do zlorabe došlo drugačije, s obzirom na to da se tu ne radi o taksativnoj listi. Ono što se traži u svim slučajevima, je činjenica zlorabe koja se ima dokazivati i procjenjivati u svakom pojedinom slučaju.

97 NN 111/93., 34/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09. (dalje u tekst: ZTD). Treba naglasiti da pojam proboja pravne osobnosti nema jedinstvenog značenja, tj. da se u komparativnim rješenjima raspravlja o različitim pitanjima pod tim pojmom. O tome vidi više u: Brnabić, R.: *Proboj pravne osobnosti u joint-venture odnosima*, Pravo u gospodarstvu, 49 (3), 2010, str. 707-709. O povijesnom razvoju proboja pravne osobnosti vidi više u: Jurić, D.: *Odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva u hrvatskom i usporednom pravu*, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 23 (2), 2002, str. 509-515.

98 To je propisano u čl. 10. st. 3. ZTD-a. Isto je pravilo potvrđeno i u čl. 159. st. 3. za dioničko društvo i u čl. 385. st. 2. za društvo s ograničenom odgovornošću.

99 Čl. 10. st. 4. t. 1. ZTD-a. Više o tome u: Slakoper, Z.: *Osobna odgovornost članova društava kapitala*, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1999, v. 20, br. 2, str. 779-784 i u Maurović, Lj.: *Odgovornost osnivača za obveze društva s ograničenom odgovornošću*, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, 45 (1), 1995, str. 88.

100 Čl. 10. st. 4. t. 2. ZTD-a.

101 Čl. 10. st. 4. t. 3. ZTD-a.

102 Visoki trgovački sud RH, predmet Pž-905/04-3, datum donošenja odluke je 07.06.2005. Vidi o tome više u: Slakoper, Z.: *Osobna odgovornost članova društava kapitala*, op. cit., str. 776, Brnabić, R.: *Proboj pravne osobnosti u joint-venture odnosima*, op. cit., str. 712.

103 Čl. 10. st. 4. t. 4. ZTD-a.

U analizi američkoga prava, naglasak je stavljen na razliku između ugovorne i izvanugovorne odgovornosti društva kćeri na čemu se temelji proboj pravne osobnosti. Najstarija je doktrina, kao što je već spomenuto, teorija podizanja korporativnog vela, koja uspostavlja tri glavna kriterija za svoju primjenu. Prvi kriterij jest da društvo kćer ne upravlja samostalno svojim poduzećem. Drugim riječima, ispituje se vrši li društvo majka prevladavajući utjecaj na društvo kćer. Drugi kriterij je da društvo majka zloupotrebljava svoj položaj da kao član društva ne odgovara za njegove obaveze. Treći kriterij je da je navedenim postupcima nastala određena šteta tužitelju. U radu će se analizirati traži li hrvatsko pravo također ispunjenje prva dva navedena uvjeta te slijedom toga je li prihvaćen i u RH različiti režim uspostavljanja proboja pravne osobnosti ovisno o tomu temelji li se na ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti društva kćeri. Nadalje, ako jest, jesu li usvojeni isti kriteriji za proboj pravne osobnosti kao i u američkoj teoriji podizanja korporativnog vela.

a) Stupanj utjecaja društva majke na društvo kćer kao osnova za proboj pravne osobnosti

Prije svega bitno je primijetiti da ZTD u čl. 10. ne obrađuje pitanje pojavljuje li se kao član društva tj. dioničar ili imatelj udjela fizička ili pravna osoba. S obzirom na to da se ne pravi razlika o svojstvu člana društva pri odlučivanju o proboju pravne osobnosti društva, može se samo zaključiti da će se isti kriteriji za proboj pravne osobnosti primjenjivati za sve članove društva, bili oni fizičke osobe ili pravne, kao što su društva majke.

Nadalje, ZTD u čl. 10. *ne* nudi odgovor na pitanje kakav se stupanj utjecaja zahtijeva od dioničara da bi došlo do proboja pravne osobnosti. Ono što se traži jest samo da član društva zloupotrebljava okolnost da ne odgovara za obveze društva.

Da bi član uopće došao u situaciju da se raspravlja o tome je li iskoristio svoj položaj u društvu, on mora ostvariti neki utjecaj na društvo. Točnije, traži se određena radnja, čin člana društva. Naime, ne bi se moglo konstruirati argument da je član samom činjenicom što je postao član društva kapitala, počinio zloporabu svoga prava da ne odgovara za obveze društva. Pravilo da član društva ne odgovara za obveze društva kapitala je izričito, kao što je već rečeno, regulirano zakonom. Dakle, sama činjenica da je fizička ili pravna osoba postala članom društva kapitala s pravima i obvezama koje tom članstvu pripadaju, nije zloporaba u smislu čl. 10. st. 4. ZTD-a.

Razmatrajući da je potrebna određena radnja dioničara/imatelja udjela da bi se mogla okarakterizirati kao zloporaba, nužno je analizirati strukturu i položaj dioničara/imatelja udjela u društvima kapitala te način na koji oni mogu ostvariti određeni utjecaj u društvu. Već iz same definicije d.d. i d.o.o. proizlazi temeljni odnos između društva i člana. Pa tako dioničar u d.d. sudjeluje s ulozima u temeljnom kapitalu društva koji je podijeljen na dionice, a imatelj udjela u d.o.o. također

sudjeluje u unaprijed dogovorenom temeljnom kapitalu koji se dijeli na udjele.¹⁰⁴ Članovi društva na temelju dionica/udjela koje drže u društvu imaju određena prava i obveze. Ta se prava tradicionalno dijele na upravljačka i imovinska. Barbić¹⁰⁵ razrađuje da u upravljačka prava spadaju: pravo na sudjelovanje u glavnoj skupštini, što uključuje i pravo na raspravljanje¹⁰⁶, pravo na obaviještenost¹⁰⁷, pravo glasa¹⁰⁸ i pravo na pobijanje glavne skupštine.¹⁰⁹ U imovinska prava prema Barbiću¹¹⁰ spadaju pravo na isplatu dividende¹¹¹, pravo na plaćanje naknade za ispunjenje dodatnih obveza prema društvu¹¹² i dr.

Dakle, kada fizička/pravna osoba postane članom društva, upravljačka i imovinska prava koje član ima u društvu jedini su način na koji član može izvršiti utjecaj na društvo. U tom su smislu upravljačka prava ta koja dioničaru daju mehanizam sudjelovanja u donošenju odluka društva i vršenja utjecaja na društvo. Da bi član ostvario svoja prava, on mora aktivno sudjelovati u radu društva. Ako aktivno sudjeluje u donošenju odluka društva, tada može pokušati i utjecati na donošenje određenih odluka koje su u njegovom ili tuđem interesu, a na štetu društva i/ili trećih osoba.

Da bi član društva stvarno ostvario neki utjecaj, mora imati određeni postotak dionica/udjela s pravom glasa koja mu daju glasačku snagu da utječe na donošenje određene odluke u društvu. Ako nema dovoljan broj dionica/udjela koje mu daju odlučujući tj. većinski položaj u glasovanju, može ulaziti i u sporazume o glasovanju s drugim dioničarima/imateljima udjela, pri čemu se stvara društvo unutar društva¹¹³, te na taj način osigurati donošenje odluke koja je u njegovom interesu.

Slijedom rečenoga, dolazi se do zaključka da utjecaj člana društva koji mu omogućuje utjecaj na donošenje konačne odluke društva mora biti prevladavajući. Drugim riječima, utjecaj mora biti prevladavajući nad utjecajima drugih dioničara, jer je to jedini način na koji se može učinkovito utjecati na politiku društva. Dakle, iako ZTD kada obrađuje pitanje proboja pravne osobnosti izričito ne propisuje da član društva mora ostvariti prevladavajući utjecaj, logičkom se razradom položaja članova u društvima kapitala može doći samo do toga zaključka.

Obrađujući povezana društva, ZTD je uveo oborivu zakonsku presumpciju za dva slučaja kada će se smatrati da jedno društvo ima prevladavajući utjecaj nad drugim društvom.¹¹⁴ Prvi je slučaj ako jedno društvo, primjerice društvo majka,

104 Čl. 159. i čl. 385. ZTD-a.

105 Barbić, J.: *Pravo društava – društva kapitala*, Svezak I., Dioničko društvo, Organizator, 2010., Zagreb., str. 521.

106 Čl. 274. ZTD-a.

107 Čl. 287. ZTD-a.

108 Odsjek 4. ZTD-a, što uključuje članke 289. – 294. ZTD-a.

109 Čl. 362. ZTD-a.

110 Barbić, J.: *Pravo društava – društva kapitala*..., op. cit., str. 581.

111 Čl. 220. st. 4. i čl. 223. ZTD-a.

112 Čl. 218. st. 1. ZTD-a.

113 Više o stvaranju ortaštva i tzv. *poola* prava glasova vidi u Barbić, J.: *Pravo društava - Društva osoba*, Organizator, 2002., Zagreb, str. 253. – 266.

114 Čl. 475. st. 3. ZTD-a.

kao član drugog društva ima pravo izabrati/imenovati i opozvati/raz riješiti većinu članova uprave, upravnog ili nadzornog odbora. Drugi je slučaj ako to isto društvo ima sklopljen ugovor o glasovanju s drugim članovima društva, čime ostvaruje kontrolu nad većinom glasačkih prava u ovisnom društvu.

U situaciji kada društvo ima samo jednoga člana, izložena argumentacija nije primjenjiva, iako zaključak jest. Naime, ako imamo samo jednoga člana u društvu, neprijeporno je da on ima prevladavajući utjecaj u društvu. U tom je slučaju to najlakše dokazati, te poistovjetiti radnje i odluke člana društva s radnjama i odlukama samoga društva. Ono što se razlikuje od prije rečenoga, jest da bi se pod određenim uvjetima, sam čin osnivanja društva i postajanja članom društva moglo smatrati kao zlorabica samo po sebi. To bi bio slučaj kada bi fizička/pravna osoba osnovala društvo, čiji bi cilj osnivanja bio prebacivanje sredstava iz već od prije osnovanog društva u novo društvo čime se oštećuje vjerovnike ili da se osnuje društvo s neznatnom imovinom te se poslovanje prebaci na to društvo unaprijed znajući da to društvo neće biti sposobno podmiriti obveze prema svojim vjerovnicima.¹¹⁵ Naravno, i tu se zlorabici mora dokazati, jer nije dopustivo da se činjenicu da društvo ima samo jednog člana automatski tretira kao razlog za osobnu odgovornost člana za obveze društva.¹¹⁶

b) Zlorabica utjecaja kao uvjet za proboj pravne osobnosti

Kao što je već prikazano, hrvatski zakonodavac dopušta proboj pravne osobnosti isključivo pod uvjetom da je član društva zlorabio činjenicu da kao član ne odgovara za obveze društva. Dakle, zlorabica se uvijek mora dokazati. Zakonodavac je predvidio samo jednu iznimku od tog pravila, a to je kod priključenih društava o kojima će kasnije biti više rečeno.

Pitanje zlorabe posebno dolazi do izražaja kod povezanih društava, a posebice kod društava u kojima jedno ima prevladavajući utjecaj na drugo. Postavlja se pitanje traži li se čak i u slučaju kada društvo majka ima prevladavajući utjecaj nad društvom kćeri dokaz da je društvo majka zloupotrijebilo svoj položaj.

Odgovor hrvatskoga zakonodavca i sudske prakse je potvrđan. Sama činjenica da društvo majka ima prevladavajući utjecaj nije dostatna da bi došlo do proboga pravne osobnosti.¹¹⁷ Tako je i Visoki trgovački sud RH potvrdio da činjenica da se radi o vladajućem i ovisnom društvu nije dovoljna da bi došlo do proboga pravne osobnosti.¹¹⁸ Da bi došlo do proboga pravne osobnosti, traži se da vladajuće društvo/društvo majka zlorabiti svoj položaj na način da raspolaže imovinom ovisnog društva protivno propisima, zbog čega se vjerovnici ovisnog društva nalaze u nepovoljnijem položaju.

¹¹⁵ Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio*, op. cit., str. 302.

¹¹⁶ Slakoper, Z.: *Osobna odgovornost članova društava kapitala*, op. cit., str. 777.

¹¹⁷ Ibid., str. 303.

¹¹⁸ Visoki trgovački sud RH, predmet PŽ-1760/02, objavljen u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994-2004, br. 9., Zagreb, 2004, odluka br. 292 / VIII.

Međutim, činjenica da jedno društvo ima prevladavajući utjecaj nad drugim društvom ima posljedice u *unutarnjem* odnosu između ta dva društva. ZTD razlikuje dvije situacije: kada je između društva sklopljen poduzetnički ugovor o vođenju poslova društva i kada taj ugovor nije sklopljen, ali se i dalje radi o vladajućem i ovisnom društvu.

U prvom slučaju, kada je sklopljen ugovor o vođenju poslova društva, vladajuće društvo će imati pravo davati obvezujuće upute ovisnome društvu.¹¹⁹ Takve upute mogu biti i štetne za ovisno društvo, pod uvjetom da štetne upute služe interesima vladajućega društva ili drugim društvima koncerna.¹²⁰ U tom slučaju vladajuće društvo neće odgovarati za obveze ovisnog društva prema trećima. Ipak, zakonski zastupnici vladajućeg društva, kao i članovi uprave, upravnog i nadzornog odbora ovisnog društva mogu odgovarati ako pri davanju uputa ne postupaju u skladu s pozornošću urednog i savjesnog voditelja poslova.¹²¹ Zahtjev za naknadu štetu protiv njih može postaviti svaki član društva i vjerovnici ovisnog društva, ali taj se zahtjev može postaviti samo u korist ovisnog društva, što predstavlja *actio pro socio*. Dakle, i tu se radi o unutarnjem odnosu odgovornosti između vladajućeg i ovisnog društva, a ne između odgovornosti vladajućeg društva i vjerovnika ovisnog društva. Naime, vjerovnici i dalje svoj zahtjev za ispunjenje tražbina, prema ZTD-u, mogu ostvarivati samo prema ovisnome društvu.

Ovakvo rješenje postavlja neka vrlo zanimljiva pitanja. Naime, u ovome slučaju nije upitno da je vladajuće društvo, koje može biti i društvo majka, dalo štetnu uputu ovisnome društvu. Pitanje je predstavlja li davanje štetne upute zlorabu samo po sebi ili je u ovom slučaju dopušteno jer je među društvima sklopljen ugovor kojime se to dopušta, tj. ugovor o vođenju poslova društva. Hrvatski zakonodavac jasno daje odgovor na to pitanje. Ako postoji ugovor o vođenju poslova društva, tada davanje štetnih uputa nije zloraba položaja vladajućega društva, pod uvjetom da koncern ima koristi u cjelini od davanja takvih uputa.

Druga je situacija, međutim, ako među društvima nije sklopljen ugovor o vođenju poslova društva. ZTD izričito predviđa da vladajuće društvo tada ne smije koristiti svoj utjecaj za davanje štetnih uputa za ovisno društvo, osim u slučaju ako se izričito obveže da će ovisnome društvu nadoknaditi štetu koja bi mu time nastala.¹²² Drugim riječima, ZTD dopušta davanje štetnih uputa i u slučaju kada među strankama nije sklopljen ugovor o vođenju poslova društva. Unutarnji odnos odgovornosti je pokriven. Društvo majka je obvezno nadoknaditi štetu, ali tu štetu ono nadoknađuje društvu kćeri, a ne trećima. ZTD i dalje u odnosu na treće predviđa da oni svoje tražbine mogu ostvarivati samo prema ovisnome društvu.

119 Čl. 493. ZTD-a.

120 Više o ovlastima i odgovornosti u ugovornom i u faktičnom koncernu vidi u: Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio...*, op. cit. str. 650-653; Jurić, D.: *Odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva u hrvatskom i usporednom pravu*, op. cit., str. 518-523.

121 Čl. 494 st. 1. i čl. 495 st. 1. ZTD-a.

122 Čl. 496. st. 1. ZTD-a.

No, što ako društvo majka ne ispuni svoju obvezu naknade štete? Može li se u tom slučaju krenuti od teze da je tada društvo majka zloupotrijebilo svoj položaj? To zatim otvara i druga pitanja. Naime, ako ZTD dopušta davanje štetnih uputa pod uvjetom da društvo majka nadoknadi štetu društvu kćeri, traži li se za postojanje zloporabe da već u trenutku davanja štetnih uputa društvo majka zna ili namjerava ne ispuniti svoju obvezu naknade štete. Tada bi se zapravo radilo o prijevari. U tom je slučaju argumentacija da je društvo majka zloupotrijebilo svoj položaj prilično jaka.

No, što ako se ne može dokazati postojanje namjere za neispunjenje obveze, već samo činjenica da društvo majka nije ispunilo svoju obvezu. Može li se samo neispunjenje obveze gledati kao zloporaba položaja? Naravno, nije sporno da bi društvo kćer moglo i u tom slučaju tražiti ispunjenje ugovora i naknadu štete od društva majke, no ključno je pitanje bi li vjerovnici društva kćeri ovakvu situaciju mogli konstruirati kao osnovu za proboj pravne osobnosti. Čini se da valja smatrati da stav hrvatskoga zakonodavca ne daje osnove za argumentaciju da bi tada došlo do proboja pravne osobnosti. Naime, ZTD u čl. 10. izričito predviđa da član društva mora svjesno zloupotrebjavati okolnost da kao član društva ne odgovara za obveze društva. Dakle, ne traži se samo neispunjenje obveze, već i svijest/namjera da se neispunjenje, primjerice, koristi da bi se namjerno oštetilo vjerovnike. Slijedom rečenoga, do proboja pravne osobnosti moglo bi doći samo ako vjerovnici društva kćeri uspiju dokazati, ne samo da društvo majka nije ispunilo svoju obvezu, već da je namjera društva majke bila da neispunjenjem svoje obveze spriječi da se oni uspiju namiriti od društva kćeri, što će biti vrlo teško u praksi.

Moguć je i još jedan scenarij. ZTD izričito dopušta da i u slučaju kada između društava nije sklopljen ugovor o vođenju poslova društva, treće osobe, tj. vjerovnici mogu uputiti zahtjev za naknadom štete prema društvu majci izravno, ali samo u korist društva kćeri (*actio pro socio*).¹²³ I u ovom slučaju vjerovnici nisu ovlašteni tražiti namirenje svoje tražbine od društva majke, već i dalje ostaju vjerovnici društva kćeri. Međutim, ova im mogućnost daje aktivnu ulogu u odnosu na društvo majku. U tom slučaju mogu sankcionirati mogući nedostatak inicijative društva kćeri da ono samo ostvari namirenje potraživanja protiv društva majke.

Jedini izuzetak kada ZTD izričito priznaje odgovornost društva majke prema trećima, tj. vjerovnicima društva kćeri, je u slučaju priključenih društava. Kod priključenih društava, ZTD po samom zakonu uspostavlja odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva. Naime, ZTD predviđa da od trenutka kada je činjenica priključenja društava upisana u sudski registar, vladajuće društvo odgovara kao solidarni dužnik za obveze ovisnog, tj. priključenog društva¹²⁴. Kao solidarni dužnik vladajuće društvo odgovara ne samo za obveze koje su nastale nakon priključenja, već i za obveze koje je ovisno društvo preuzelo *prije* priključenja¹²⁵. Dakle, društvo majka odgovorno je za sve obveze društva kćeri i to po samome

123 Čl. 501. st. 4. ZTD-a.

124 Čl. 506. st. 1. ZTD-a.

125 Loc. cit.

zakonu. To znači da vjerovnik priključenog društva neće trebati dokazivati da je društvo majka/vladajuće društvo zloupotrijebilo svoj položaj, već je dovoljno da dokaže činjenicu da su društva priključena, što će uvidom u sudski registar, biti vrlo jednostavno.

Kakva je logika hrvatskoga zakonodavca iza takvog rješenja? Za davanje odgovora, ključno je odrediti pojam priključenih društava. Naime, tu se radi o društvima kapitala, u kojima se jedno društvo priključuje drugome, pod uvjetom da to drugo, glavno društvo drži sve ili najmanje 95% dionica/udjela društva koje se priključuje.¹²⁶ Ova društva i dalje zadržavaju svoju pravnu samostalnost, a neoboriva je zakonska pretpostavka da time postaju koncern.¹²⁷ Glavno društvo ima pravo davati obvezujuće upute upravi ovisnog, tj. priključenog društva, pri čemu te upute mogu biti i štetne, pod uvjetom da od tih uputa korist ima vladajuće društvo.¹²⁸ Po tim su karakteristikama priključena društva vrlo slična društvima među kojima je sklopljen ugovor o vođenju poslova društva. Međutim, učinak priključenja jest da među društvima postoji snažnija povezanost, kada glavno društvo ima širi opseg utjecaja na vođenje poslova ovisnog društva, nego što je to među društvima među kojima postoji samo ugovor o vođenju poslova društva.¹²⁹ Takav jači utjecaj vidljiv je iz rješenja ZTD-a, prema kojemu odnos glavnog i priključenog društva nije u suprotnosti s odredbama o zabrani povrata uplaćenog uloga i plaćanja kamata te ograničenjima u vezi s povratom zajma kojim se nadomješta kapital i u vezi s isplatom dividende.¹³⁰ Drugim riječima, time se postiže da glavno društvo može neograničeno raspolagati imovinom priključenog društva.¹³¹ Štoviše, Barbić argumentira da priključenjem društava, ugovor o vođenju poslova društva prestaje, jer je zamijenjen jačim, tj. intenzivnijim oblikom suradnje među društvima.¹³²

Dakle, hrvatski zakonodavac je prepoznao potrebu proboja pravne osobnosti po samome zakonu samo u slučaju najintenzivnijeg povezivanja društva kao što je to kod priključenih društava. U svim drugim slučajevima, što će uključivati i situaciju kada je između društava sklopljen ugovor o vođenju poslova društva i kada je društvo majka jedini dioničar/imatelj udjela u društvu kćeri, vjerovnici društva kćeri morat će dokazati da je društvo majka zloupotrijebilo svoj položaj ako svoja potraživanja prema društvu kćeri žele ostvariti izravno od društva majke.

Takva rješenja jasno se razlikuju i od američke teorije podizanja korporativnog vela, prema kojoj je uvjet da društvo majka zloupotrebljava svoj položaj napušten, kao i od prakse ECJ-a, kojemu je također za proboj pravne osobnosti dostatna činjenica da društvo majka ima prevladavajući utjecaj na društvo kćer.

126 Čl. 503. st. 1. ZTD-a.

127 Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio...*, op. cit., str. 733.

128 Čl. 507. st. 1. ZTD-a, koji se poziva na analognu primjenu odredaba ZTD-a, kojima se obrađuje odnos ovisnih društava, kada je među njima sklopljen ugovor o vođenju poslova društva.

129 Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio...*, op. cit., str. 734.

130 Čl. 507. st. 2. ZTD-a; Jurić, D.: *Odgovornost vladajućeg društva za obveze ovisnog društva u hrvatskom i usporednom pravu*, op. cit., str. 524.

131 Barbić, J.: *Pravo društava – Opći dio...*, op. cit., str. 746.

132 Ibid., str. 734.

Prednost pristupa hrvatskoga zakonodavca je u tomu što se ne sankcionira sama činjenica da se radi o vladajućem i ovisnom društvu. Naime, takva su društva dopuštena, te činjenica njihovog postojanja ne bi smjela biti otegotna za članove takvih društava.

Međutim, s druge strane, u praksi će biti iznimno teško dokazati da je u konkretnome slučaju društvo majka izvršilo utjecaj nad društvom kćeri, te time oštetilo treću stranu tj. vjerovnike društva. U pravilu možemo pretpostaviti da se traži dokaz postojanja konkretne upute koju je dalo društvo majka, obvezujuće za upravu društva kćeri, a po čijem je postupanju nastupila šteta trećima. Dokaz je relativno jednostavan ako je uputa dana u pisanom obliku, a posebice ako je uputa rezultat odluke koja je donesena na skupštini društva majke. No, kako dokazati postojanje upute ako je ona dana telefonski, usmeno? Hoće li sudu biti dovoljne indicije, po kojima bi se nastojalo dokazati da je društvo kćer u tolikoj mjeri ovisno, da niti jednu odluku ne donosi samo, pa nije moglo ni konkretnu. Takav se argument može nadopuniti i činjenicom ako u konkretnom slučaju društva imaju iste članove uprave. No, i takve indicije bi u konačnici samo dokazivale da se radi o povezanim društvima, u kojima društvo majka ima prevladavajući utjecaj, što prema hrvatskom zakonodavcu ne bi bilo dostatno za probijanje pravne osobnosti.

5. ZAKLJUČAK

Do proboja pravne osobnosti, dakle, u američkom pravu i sudskoj praksi ECJ-a, dolazi ako se dokaže da društvo majka ima prevladavajući utjecaj nad vođenjem poslova društva kćeri. Pri utvrđivanju stupnja povezanosti, primjenjuju se različiti kriteriji. U američkom pravu najpoznatiji je opisani Powellov test, dok se u praksi ECJ-a, formirala oboriva zakonska presumpcija da će do proboja doći u svim slučajevima u kojima je društvo majka 100%-ni imatelj dionica/udjela u društvu kćeri. Oba zakonodavna rješenja ne traže dokaz da je društvo majka zaista i zloupotrijebilo svoj položaj, tj. upravljalo društvom kćeri s namjerom da vjerovnike društva kćeri dovede u lošiji položaj. To je ključna razlika u odnosu na hrvatskoga zakonodavca, koji za uspostavu proboja pravne osobnosti, izričito traži dokaz da je društvo majka, tj. vladajuće društvo zloupotrijebilo činjenicu da kao član društva kćeri, tj. ovisnog društva, ne odgovara za obveze tog društva. Od toga se pravila ne odstupi niti u slučaju povezanih društava među kojima je sklopljen ugovor o vođenju poslova društva, niti kada između društava nije sklopljen rečeni ugovor, a društvo majka je ovisnome društvu dala štetnu uputu. U oba slučaja, zakonodavac samo rješava unutarnji odnos odgovornosti između društava, u kojemu ovisno, tj. oštećeno društvo može potraživati od vladajućeg društva naknadu štete. Međutim, vjerovnici ovisnoga društva svoje tražbine ne mogu ostvarivati prema vladajućem društvu, iako je ono izvršilo prevladavajući utjecaj na ovisno društvo. Zakon im daje samo mogućnost da u takvim slučajevima mogu podići zahtjev, tzv. *actio pro socio*, kada od vladajućeg društva traže da ono nadoknadi ovisnome društvu štetu koju mu je time prouzročio, nakon čega će ovisno društvo raspolagati sredstvima kojima

može podmiriti tražbine tim vjerovnicima. Jedina iznimka tom pravilu jest u slučaju priključenih društava, gdje ZTD izričito predviđa da je vladajuće društvo solidarni dužnik za sve obveze priključenog društva prema vjerovnicima toga društva. Razlog tomu je što priključena društva predstavljaju najintenzivniji oblik povezivanja društava. U svim drugim slučajevima, vjerovnik društva kćeri morat će dokazati da je društvo majka zloupotrijebilo svoj položaj, te da je namjerno iskoristilo svoj utjecaj u društvu da ošteti vjerovnike. Ako konkretnu činjenicu zlorabe ne uspije dokazati, hrvatski sud neće uspostaviti proboj pravne osobnosti, što se razlikuje od opisane prakse američkih sudova i ECJ-a.

Summary

LIABILITY OF A PARENT CORPORATION FOR OBLIGATIONS OF ITS SUBSIDIARY

The author in this article discusses the issue of piercing the veil of corporate entity, more precisely the liability of a parent corporation for obligations of its subsidiary according to the law of the United States of America, case law of the European Court of Justice and the Croatian law. The issue concerning the disregard of the separate corporate existence of the subsidiary is particularly raised in case of corporate groups where the parent generally exercises control over the subsidiary. The author pays a special attention to standards which have to be satisfied to pierce the veil. She examines the selected comparative systems to establish basis for courts' decision to break through the legal entity of the subsidiary, i.e. is the mere fact that the parent exercises control over the subsidiary sufficient for such decision or courts have to establish that the parent misuses the fact that as a member of the subsidiary is not liable for obligations of the subsidiary. The veil piercing issue is highly important due to the fact that according to it the parent can be held liable for obligations of its subsidiary towards third parties. Having in mind that in most cases the parent corporations are more financially solvent than the subsidiaries, for creditors piercing the veil is a key issue.

Key words: *piercing the corporate veil, liability of a parent corporation for noncontractual obligations of a subsidiary corporation towards third parties, liability of a parent corporation for contractual obligations of a subsidiary corporation towards third parties, lifting the corporate veil, misuse of influence as a basis for piercing the veil of corporate entity.*

Zusammenfassung

HAFTUNG DER MUTTERGESELLSCHAFT FÜR DIE VERPFLICHTUNGEN DER TOCHTERGESELLSCHAFT

Diese Arbeit setzt sich mit der Frage der Durchgriffshaftung auseinander, d.h. mit der Verantwortung von Muttergesellschaften für die Verpflichtungen der Tochtergesellschaften im Rechtssystem der Vereinigten Staaten von Amerika, in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und im kroatischen Recht. Die Frage der Durchgriffshaftung kommt besonders bei Gruppen von Gesellschaften vor, bei denen die Muttergesellschaft in der Regel Kontrolle über die Tochtergesellschaft hat. Diese Arbeit behandelt insbesondere die Normen für die Durchgriffshaftung. Dabei wird geprüft, ob die Gerichte in den verglichenen Systemen als Grundlage für die Durchgriffshaftung verlangen, dass die Muttergesellschaft die Tatsache dass sie als Mitglied der Tochtergesellschaft für die Verpflichtungen der Tochtergesellschaft nicht haftet missbraucht, oder ob allein die Tatsache, dass die Muttergesellschaft Kontrolle über die Tochtergesellschaft hat, ausreichend ist. Die Frage der Durchgriffshaftung ist geradezu bedeutend, weil sich daraus die Haftung der Muttergesellschaft für die Pflicht der Tochtergesellschaft gegenüber Dritten ergibt. In Anbetracht der Tatsache, dass die Muttergesellschaften in der Regel höhere Zahlungsfähigkeit haben, ist dies für die Gläubiger ausschlaggebend.

Schlüsselwörter: *Durchgriffshaftung, Haftung der Muttergesellschaft für die außervertraglichen Pflichten der Tochtergesellschaften gegenüber Dritten, Haftung der Muttergesellschaft für die Vertragspflichten der Tochtergesellschaften gegenüber Dritten, den Schleicher der Gesellschaft liften, Missbrauch des Einflusses als Voraussetzung für die Durchgriffshaftung.*

Riassunto

RESPONSABILITA' DELLA SOCIETA' MADRE PER LE OBBLIGAZIONI DELLA SOCIETA' FIGLIA

Nel presente lavoro si prende in esame la questione riguardante la personalità giuridica, ovvero la responsabilità della società madre per le obbligazioni delle società figlia nel diritto nordamericano, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, come anche nel diritto croato. La questione concernente il piercing the corporate personality si manifesta specialmente nei gruppi societari, dove di regola la società madre ha il controllo sulla società figlia. In particolare, nel lavoro si prende in considerazione lo standard del piercing the corporate personality, indagando se nei sistemi comparati prescelti le corti, quale fondamento del piercing the corporate personality richiedano che la società madre abusi del fatto che in qualità di socio della società figlia non risponda per le obbligazioni della società figlia oppure ritengono che il solo fatto che la società madre detenga il controllo sulla società figlia sia sufficiente. La questione del piercing the corporate personality è di particolare importanza poiché in tale modo si giunge alla responsabilità della società madre per le obbligazioni della società figlia nei confronti dei terzi, il che è fondamentale per i creditori posto che di massima le società madri solitamente hanno maggiori disponibilità finanziarie.

Parole chiave: *piercing the corporate personality, responsabilità della società madre per le obbligazioni extracontrattuali della società figlia nei confronti di terzi, responsabilità della società madre per le obbligazioni contrattuali della società figlia nei confronti di terzi, sollevamento del velo corporativo, abuso dell'influenza quale condizione del piercing the corporate personality.*